

## ACCION DE AMPARO Y ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO PUBLICO FEDERAL ARGENTINO

Por el doctor Jorge Reinaldo VANOSI

Profesor de la Facultad de Derecho  
(Buenos Aires, Argentina)

I. Vamos a formular algunas reflexiones en torno a la estrecha vinculación que existe entre el amparo y otros medios de remoción de obstáculos que impiden el goce de derechos que están constitucionalmente protegidos y, en particular, vamos a apuntar en una segunda parte a esbozar una fundamentación de la acción de inconstitucionalidad en el origen nacional, ya que en la Argentina no está expresamente reconocida por la Ley. La doctrina interpretativa mayoritaria (nada más que sobre la base de un párrafo de un artículo de la Ley 27) ha entendido tracionalmente que esa norma es un impedimento para la acción de inconstitucionalidad. Nosotros, que estamos en la tesis opuesta, vamos a tratar precisamente de fundamentarla en esta oportunidad.

Comenzaremos pues, recapitulando el problema de la protección de los derechos subjetivos. Hay dos cosas que se vinculan entre sí en el estado democrático y constitucional. Por un lado, tenemos las diversas etapas que conforman el iter del proceso gubernamental, que comienza con la consulta, prosigue con las decisiones, continúa con la ejecución de esas decisiones y culmina con el control y eventualmente con la responsabilidad. Precisamente, el control es un dato arcóntico, en el estado de derecho constitucional moderno que se relaciona estrechamente con los datos del pluralismo y del garantismo. Diríamos que, prácticamente estas tres cosas (control, garantismo y pluralismo) son los datos fundamentales que definen a un sistema democrático y pluralista, frente a un sistema autocrático y monocrático.

En el especial enfoque de las garantías hay dos mirages posibles. Por un lado, cuando la visión es a través de un impulso desde el poder, es decir, desde el detentador del poder; entonces esto recibe la denominación de control<sup>1</sup> pero cuando la visión es desde el punto de vista del impulso de la libertad, es decir, de los derechos que corresponden a los destinatarios del poder, allí hablamos de garantías que están directamente referidas a los derechos subjetivos.

<sup>1</sup> Véase: Karl LOEWENSTEIN, "Teoría de la Constitución". Ed. Ariel, Barcelona, 1964, especialmente los capítulos VI, VII, VIII y IX.

El progreso o la evolución de los juristas, creemos que consiste también en aceptar que los procedimientos deben ser siempre puestos al servicio de los contenidos, toda vez que los procedimientos son medios instrumentales y la falta de procedimiento debe ser suplida por la misión constitucional del juez, puesto que cuando hay jueces hay derecho.<sup>2</sup> El órgano judicial independiente es, desde luego, la primera garantía general e institucional de los derechos, siguiendo la famosa clasificación de Hauriou. La sola existencia del juez significa ya, el principio de garantía para la protección de los derechos.

También, en el Estado contemporáneo hay algunas reglas de oro que presiden la estructura constitucional y, entre ellas, cabe señalar a los efectos de nuestro tema las siguientes: en primer lugar, *que a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles*, es decir, *a todo aumento de la esfera de las potestades debe darse correlativamente un potenciamiento de los controles*. En segundo lugar, el control supone la independencia del controlante respecto del controlado. Es inútil pensar en control y en la efectividad del control, si el que tiene que controlar está sometido al sujeto controlado o al órgano controlado; y, en tercer lugar, que el terreno sobre el cual recaiga el control sea suficientemente amplio, para lo cual se impone cerrar muchas de las *brechas* aún subsistentes en materia de control y que constituyen ese grueso capítulo de la "no justiciabilidad". Hay en esto una tendencia más o menos paralela entre el derecho constitucional y el derecho administrativo. En el primero, la tendencia es a reducir la discrecionalidad y aumentar la órbita de la justicialidad; y en el derecho administrativo, la tendencia es acrecentar las facultades regladas y la revisión, restringiendo al mínimo la hipótesis de juego de la llamada norma de habitación.

Todo esto, entiéndase bien, no pretende colocar el acento en forma excluyente en el problema de los derechos y negar o pretender desconocer totalmente el problema de la eficacia de los órganos del poder. De ninguna manera, porque sabemos que tiene que haber un punto de equilibrio en el cual el dato de la eficacia esté reconocido en su debida dimensión. Sabemos, también dado que los principales científicos políticos dan testimonio de ello, que el dato de la eficacia es un ingrediente fundamental hoy en día para la evaluación de los regímenes políticos. Incluso a nivel de pronunciamientos masivos, son cada vez más importantes las consideraciones en torno a este punto, que las puras consideraciones de tipo ideológico.

<sup>2</sup> Véase en esta misma obra, el capítulo correspondiente a la función constitucional del juez. Por su parte KRIELE (ob. cit. ut supra, pág. 161) afirma: La independencia personal y material de los jueces impide la violación de las reglas jurídicas protectoras de la libertad, y la conciencia jurídica tradicional ha impedido, al menos hasta ahora, el desafío por un soberano que pretenda poner en duda la independencia judicial y la existencia de las reglas jurídicas protectoras de la libertad".

Hechas estas salvedades iniciales, creemos que hay tres presupuestos de las acciones protectoras de los derechos subjetivos. El primer presupuesto es la existencia de una línea demarcatoria entre el Estado y la sociedad, es decir entre la órbita del poder público y la esfera de las libertades; y en segundo lugar, la concepción de la libertad como un *prius*, es decir como un dato *apriori*, en el cual la libertad sea entendida como un presupuesto de la autoridad y no inversamente; y en tercer lugar, entender a todas las normas constitucionales como normas de competencia, lo cual tiene mucha importancia dentro de la teoría constitucional para poder sacar en definitiva algunas conclusiones sobre la función y la aplicabilidad de las normas constitucionales. No es éste el momento de entrar a mayores disquisiciones, respecto de las normas de competencia, pero nos remitimos a lo que la teoría del derecho y la teoría constitucional en particular señalan sobre ello.<sup>3</sup>

El enemigo en este terreno ha sido, es y será, desde luego, el absolutismo, es decir, el proceder de *lesibus solutus*, suelto de ley, sea cualquiera el titular que pueda lesionar los derechos, ya sea el Estado, a través de los gobernantes, o ya sean los grupos intermedios, que modernamente pueden ser agentes lesionantes o destructivos de los derechos con la misma intensidad o con el mismo carácter nocivo que tradicionalmente lo era el detentador del poder. El abuso del poder, es fuente de lesión de los derechos de las personas, pero no todo el poder es poder estatal. El Estado es la organización a través de la cual, primero se centraliza, luego se distribuye y finalmente se ejerce el poder en la sociedad. Mas existen numerosas manifestaciones de poder que no son poder público, pero que igualmente repercuten en el ámbito de la libertad. Por ende, es estrecha y directa la relación entre la limitación y el control del poder por una parte y el goce de los derechos por la otra debemos también aclarar que no hay derechos subjetivos del Estado: hay competencias que autorizan facultades de los órganos del poder público.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Véase: Jorge Reinaldo VANNOSSI, "Teoría Constitucional", Ed. cit. ut supra, tomo II, pp. 1 a 20.

<sup>4</sup> Véase, idem, nota anterior. Para el punto de vista Kelseniano sobre el tema, puede verse: Hans Kelsen, "Teoría Pura del Derecho", Ed. cit. ut supra, p. 157 y ss. Sobre la base de la superación del distingo entre derecho público y derecho privado, el autor considera que cualquiera sea la terminología empleada, el contenido de la función es en ambos casos el mismo: la producción de normas jurídicas. Pero de todos modos recoge el sentido de las distinciones clásicas, cuando dice: "El poder jurídico conferido a una persona privada de producir mediante un negocio jurídico, normas jurídicas, o de participar, mediante demanda, recursos, quejas, o ejercicio del derecho a votar, en la producción de normas jurídicas, es decir, sus derechos subjetivos en el sentido técnico de la palabra, no son caracterizados como capacidad jurisdiccional o competencia" (cfr. p. 160).

Asimismo, véase: José Roberto DROMI, "Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública", Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1980, en especial los capítulos I, II y III.

Para precisar más los límites del poder del Estado y el ámbito de los derechos, se pueden fundar dos concepciones sin perjuicio de los múltiples matices y de las múltiples disquisiciones que al respecto se han formulado. O fundamos eso en la fuerza, como lo hace el decisionismo alemán, como lo han hecho las tradicionales concepciones absolutistas y como prefieren hacerlo con gran referencia las tendencias irracionales en general; o lo fundamos en una adecuada compaginación del consenso y de la razón, como lo hizo inicialmente el contractualismo, como lo hicieron las vertientes iusnaturalistas de tipo racional, como lo ha hecho el liberalismo político en los albores de la era constitucional y como continúa haciéndolo el constitucionalismo en la etapa social, que no reniega de ninguna manera de aquellos presupuestos iniciales. Si lo fundamos en lo primero, es decir en la fuerza, sólo hay concesiones graciosas del autócrata gobernante; y si lo fundamos en lo segundo, entonces sí cabe hablar de una protección jurídica de la libertad que debe ser plenaria e integral. Y allí, en esa segunda concepción, es donde se gestó y se desarrolló *la doctrina de los derechos públicos subjetivos*, cuyo análisis crítico vamos a intentar brevemente.

También debemos señalar a propósito de esto, que no es cierto que la libertad política sea nada más que un medio, es decir, relativa, mientras que la libertad civil sea un fin absoluto. Al contrario, son inescindibles y, más aún, la libertad civil de su medida y hasta en su existencia misma depende de la amplitud efectiva de la libertad política. En consecuencia, el alcance de los derechos públicos subjetivos depende en última instancia del sistema de libertades políticas existentes. Fue una vieja ingenuidad de cierta vertiente del *ius naturalismo* especialmente en el siglo pasado y comienzos del siglo actual, creer que se podía minimizar totalmente la libertad política, sobrevalorando nada más que los aspectos de la libertad civil.

¿Cuándo nace la doctrina de los derechos públicos subjetivos? ¿Es aún suficiente?; y más ¿es hoy correcta en su formulación originaria?. Esta doctrina nace en Europa en el siglo pasado; y, no por casualidad, en un momento en que existía una confusión reinante derivada de la situación indecisa e indefinida en que se encontraban el Estado y el Poder Constituyente, desde el punto de vista de la titularidad de la soberanía. Esa época es la época de transición de las autocracias hacia unas semidemocracias que recién luego darían lugar a las democracias plenas. Es una época en que se pacta entre los poderes remanentes reales y los poderes emergentes parlamentarios, sin que todavía se visualizara el triunfo completo y categórico de la soberanía popular como base de sustentación. Es

Sin embargo, es frecuente el uso de la expresión "derechos subjetivos públicos del Estado", que éste erce frente a los particulares (véase: AFTALIÓN, GARCÍA OLANO y VILANOVA, "Introducción al Derecho", 11a. edición, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1980, pp. 257 y 258.

decir, que es un período transicional hacia la plena democracia, hacia la implementación total del principio de la soberanía del pueblo, pero todavía no consumada ésta.

En ese terreno y en esa época, la doctrina de los derechos públicos subjetivos fue una doctrina útil para un período así, intermedio, de dudosa titularidad de la soberanía. Esto es lo que explica a nuestro modo de ver el surgimiento de una construcción doctrinaria y jurídica con ese nombre: y no por casualidad ello sucedió en dos estados de Europa, donde mayor desarrollo doctrinario tuvo que fueran estados en que se arribó tardíamente a la constitución del Estado Nacional y donde los problemas de la concreción del Estado democrático y constitucional fueron un parto bastante demorado. Esos dos países son Italia y Alemania. Los dos recién adquirieron las formas estatales de unificación en la segunda mitad del siglo pasado y hasta ese momento predominaban en el ambiente doctrinario teorías y tesis que seguían fincando fundamentalmente el eje de la cuestión en los poderes reales.<sup>5</sup> ¿Porqué se los llamó derechos públicos? Se los denominó así porque eran derechos de todos y frente al Estado, es decir, sólo se veía la contraposición individuo-Estado, entendiendo por Estado las diversas manifestaciones del poder estatal. Además, la denominación indicaba que no cabía hablar de la libertad del Estado, porque tratándose del poder público correspondían otras denominaciones tales como competencias, atribuciones, potestades o facultades, según fueran los casos.

La libertad es, entonces, de *esencia* humana; de allí que se hablara y se sigue hablando de los derechos humanos no como una redundancia, no tampoco por oposición de una inverosímil existencia de derechos de las cosas, sino para establecer precisamente una clara distinción con los poderes, por un lado (la esfera del poder donde hay competencias) y, por otro lado, la esfera de la libertad, donde juegan evidentemente los derechos.<sup>6</sup> El origen del desarrollo de esta protección era por supuesto mucho más antiguo que la doctrina, y hay que ubicarlo sin ninguna duda en el viejo derecho inglés, al cual se le ha formulado la objeción de la falta de filosofía, resultante de esos numerosos remedios de equidad, los llamados *writs* que protegían los *freedom*s, es decir las libertades concretas. Pero como contrapartida, podemos decir de que si bien es cierto que faltó una con-

<sup>5</sup> Para la transición en la titularidad del poder constituyente, entre el monarca y el pueblo, véase: VANOSI, "Teoría Constitucional" ed. cit. ut supra, p. 277 y ss. Para un análisis agudo de esa misma situación en el caso de Alemania durante el siglo pasado, véase: KRIELE, ob. cit. ut supra, p. 409 y ss.

<sup>6</sup> De todos modos, hay casos en que se mentan "derechos reflejos de los animales, plantas y objetos inanimados: se trata de protecciones que interesan a la comunidad, y, por lo tanto, se prescriben sanciones para los casos de violación de la protección de esos animales, plantas u objetos inanimados, en cuyo respecto hay hombres obligados a comportarse de determinada manera" (cfr. KELSEN, "Teoría Pura del Derecho", Ed. cit. ut supra, pp. 141 y 142).

cepción filosófica, porque fue un proceso gradual, paulatino, empírico, diríamos de crecimiento concatenado; en cambio, le sobró efectividad, que es lo que realmente interesa cuando abordamos este tema.<sup>7</sup>

De todos modos, pensamos que a esta altura, a fines del siglo XX, la vieja denominación de los derechos públicos subjetivos está bastante superada, o por lo menos ya no es una fiel expresión del estado de la cuestión. Desde el momento que cabe hablar de una protección *erga omnes*, amplia, no tiene sentido separar en forma tajante los derechos públicos subjetivos de los derechos privados subjetivos. Es difícil hacer esa separación en todos los casos, en que el interés público aparece muy vinculado y a veces hasta promiscuamente combinado con el interés privado.

Hace algunos años, en un voto de uno de los jueces de la Corte Suprema, el doctor Boffi Boggero, que al no estar presente en la Corte en el momento que se había decidido el *caso Kot* (el segundo caso famoso de amparo), luego, en la primera oportunidad en que la Corte tuvo que pronunciarse sobre otro caso de amparo, él aprovechó para fundamentar a mayor abundamiento su postura doctrinaria respecto del tema del amparo. Así tocó precisamente este punto en el *caso Buosi* fallos 244:68 diciendo que al amparo "no obstan las diferencias que se anotan entre los llamados derechos públicos subjetivos y los denominados derechos privados subjetivos. Aparte de que estos últimos tendrían una faz pública, en cuanto significan un desarrollo de la Constitución Nacional (por ejemplo las normas del dominio, de crédito, la sucesión mortis causa y otras afines del Código Civil que constituyen el más extendido desenvolvimiento del derecho constitucional de propiedad) prudente recordar, que ambos son amparados con la tutela del Estado (verbigracia, en la acción que suscita la actividad jurisdiccional) y ambos públicos y privados, pueden ser trans-

<sup>7</sup> Véase: Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, "Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa", edición de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1956, especialmente pp. 5 a 9. Señala el autor que Liberty (del latín Libertad) significa la idea opuesta de esclavitud o servidumbre. Nació como concepción unitaria e integral, elaborada por griegos y romanos, con carácter ético-metafísico y abstracto. Expresa una idea pura (ideal humana), una creación de la cultura greco-latina. La "Liberty" era el ámbito ideal de posibilidades del ciudadano. Como idea pura como enteleguía, sigue siendo a-histórica o extra-histórica, y ha escapado a toda técnica para seguir siendo lírica. Con respecto a los "freedom's", señala SÁNCHEZ VIAMONTE que con la "Carta Magna" se esboza una nueva libertad: se trata de dar protección jurídica a ciertos aspectos concretos y prácticos en que se manifiesta la personalidad humana. Por ello es que se requirió un nuevo vocablo: freedom's, traducción inglesa de la expresión "libertades" (en plural) que empleaba la Carta Magna. Es una creación anglo-sajona; en ella aparece el hombre como entidad jurídica protegida institucionalmente aún frente a la autoridad. Como libertad histórica, concreta, práctica, institucionalizada, que se incorpora al derecho positivo o legislativo, ha dado lugar a una técnica jurídica defendible. Es un fruto logrado a través del tiempo, progresivamente elaborado: la freedom's de los anglo-sajones nació por partes a fragmentos, que iban apareciendo históricamente en forma de rights que, en conjunto, constituyen la freedom.

gredidos por obra del Poder Público y de los particulares, ya sea que estos actúen a modo individual o lo hagan de manera colectiva". Con el transcurso del tiempo se ha impuesto la concepción que busca una protección *erga omnes* de los derechos, frente a toda persona. Así, con respecto al Estado, no cabe ninguna duda porque es una persona jurídica. Con respecto a los grupos, éstos suelen ser conglomerados de personas individuales o también personas jurídicas: esta realidad neocontractualista de la sociedad contemporánea, donde cada vez se transita más de la individualidad a la grupalidad, donde cada vez son más predominantes los fenómenos del accionar de los grupos, obliga también a replantear la protección frente a ese actuar de los grupos que puede lesionar los derechos individuales, tal como antiguamente sólo podía lesionarlos el Estado.

Cuando los derechos públicos subjetivos se hacen exigibles frente a los grupos o a otros particulares, es debido a que si no se brinda protección jurisdiccional en esos casos, el agravio o lesión provendría de la omisión de debida protección, o sea del Estado mismo en última instancia. Aquí se trata de lo que podríamos llamar violación por omisión protectora de los órganos del Estado. La lesión proviene de actos privados, pero la acción es necesaria para cubrir esos efectos ilícitos que se han consumado o amenazan consumarse a causa de la ausencia de una oportuna intervención protectora del Poder Público. Es decir, que si también se quiere mirarlo desde el punto de vista del Estado, estaría éste presente por omisión, o sea, por la no oportuna protección en el momento en que fue ésta requerida.

En la Argentina, conocemos el tránsito del *caso Siri* al *caso Kot*, los dos muy significativos. En el primero, por la afirmación de plena operatividad del capítulo inicial de la Constitución, que formuló la Corte con la sola cita doctrinaria de un autor argentino: Joaquín V. González, quien a fines del siglo pasado, tenía bien en claro el problema de la superación de la doctrina europea de los derechos públicos subjetivos y señalada la trascendencia de esa protección *erga omnes*, que recién se estaba insinuando en algunos países. En verdad, González ha sido entre nosotros el precursor de la operatividad plena del capítulo inicial de la Constitución.<sup>8</sup> Si pen-

<sup>8</sup> Fallos 239:459. En dicha oportunidad, se consideró que en consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Constitución relacionados con los derechos individuales correspondía apartarse de la doctrina tradicional de la Corte Suprema, que relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios (administrativos o judiciales) la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el *habeas corpus*. En este histórico fallo, se destacan dos doctrinas de la Corte Suprema de innegable valor: 1) Que basta la comprobación inmediata de que una garantía constitucional se halla restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique la restricción, para que aquella sea restablecida por los jueces en su integridad, aún en ausencia de ley que la reglamente; y 2) que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias.

samos que recién en la República de Weimar, es decir, después de 1919 en Alemania, se advirtió la necesidad de la protección frente a los grupos, coloca mayor dimensión el mérito de la Corte Suprema. En el caso Kot, al año siguiente, la Corte hace específicamente mérito de la presencia de los grupos y les reconoce una carta de ciudadanía en este problema protagónico de la protección de los derechos.

Podemos entonces decir, que dentro de este marco ampliado, los derechos subjetivos son los que tienen acción (los que están munidos de acción), es decir, que son derechos garantizados jurisdiccionalmente, protegidos, tutelados; con lo cual se supone que la existencia de esos derechos queda avalada por la existencia de *un juez*, por la existencia de *un órgano* y por la existencia de *un procedimiento* que se moviliza a través de *una acción*. También, coinciden con una situación jurídica impulsiva del órgano jurisdiccional sancionatorio de la violación; o sea, que no hay derecho subjetivo si no hay posibilidad de que ante el órgano se impulse un procedimiento que sancione a quien aparece como obstáculo del derecho o como autor de la violación del derecho.

El aditamento de "subjetivos" fue necesario como consecuencia del dualismo iusnaturalista entre derecho naturales por un lado y derechos protegidos por el derecho positivo, del otro; lo que estaba admitiendo la posibilidad de que existieran "derechos" a los que se llamaba así, aunque no pudiera exigirse judicialmente su protección. Era algo parecido a las obligaciones naturales, que si no se cumplen no se puede exigir su cumplimiento, pero si se cumplen ya no se puede exigir la repetición de lo abonado (Código Civil, Artículos 515 y 516).

Los derechos subjetivos son pues *derechos garantizados jurisdiccionalmente* y la tutela judicial operativizará el derecho constitucional protegido, dotando así al titular del medio para exigir su reconocimiento o para provocar la remoción del obstáculo impeditivo del goce de esa libertad.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Al respecto, Kelsen habla del "Derecho Subjetivo en Sentido Técnico", entendiéndolo por tal un derecho consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación (cfr., "Teoría Pura..." Ed. cit. ut supra, pp. 147y 148). Y más adelante, el mismo autor concreta: "La esencia del derecho subjetivo, en el sentido técnico específico, tan característico del derecho privado, reside en que el orden jurídico no confiere el poder jurídico a un 'órgano' determinado de la comunidad sino a un individuo designado por la teoría tradicional como 'persona de derecho privado', que normalmente es el individuo en cuyo respecto el otro estaba obligado a cumplir determinada conducta, para reclamar mediante una acción por el incumplimiento de esa obligación: es decir, para poner en movimiento el procedimiento que lleve al dictado de la sentencia jurídica en la que se estatuye una sanción concreta, como reacción contra el incumplimiento de la obligación" (p. 149).

Para que las "garantías" establecidas directamente en la Constitución asuman de por sí el carácter de derechos subjetivos, Kelsen también entiende que la "acción" conferida al interesado debe tener la virtualidad de descalificar a la norma que vulnera esa garantía. Al respecto dice: "Mientras que la garantía constitucional de los llamados

Nosotros creemos en este terreno, que lo único importante es en definitiva lo que señala Bidart Campos al referirse a la base constitucional de los derechos; y que dice: "todo derecho subjetivo reconocido en una Constitución, sea en forma operativa, sea programática, exige que el sujeto pasivo frente al cual ese derecho es oponible quede perfectamente individualizado". Y termina diciendo: "siempre ha de haber un sujeto al cual el titular del derecho le pueda demandar algo, que dé, que haga o que omita".<sup>10</sup> Si falta esa relación de alteralidad, evidentemente no podemos hablar de un derecho subjetivo, estamos simplemente usando un eufemismo para encubrir una situación desprotegida.

En síntesis pues, habría tres posiciones sobre el tema de las garantías: una posición muy tradicional que cree en la existencia de un derecho objetivo y universal, de donde resultaría la existencia de derechos sin garantías: la palabra derecho tendría allí un valor puramente literario; otra posición que siendo también de origen iusnaturalista es más progresista y que entiende a la libertad jurídica como algo estrechamente concatenado con la limitación del poder estatal, es decir, que se suponen recíprocamente e inescindiblemente; y en tercer lugar, una posición positivista por la cual únicamente podría hablarse de derechos subjetivos, sólo en los casos en que media un efectivo instrumento de tutela.<sup>11</sup>

derechos y libertades fundamentales no signifique otra cosa que la mayor dificultad señalada en la limitación por ley de esos 'derechos', no tenemos derecho alguno en sentido subjetivo. (...). Un derecho fundamental, o libertad básica, sólo constituye un derecho subjetivo en el sentido de un poder jurídico... cuando el orden jurídico otorga al individuo que es afectado por la ley inconstitucional, un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión de la ley inconstitucional" (p. 155). Y concluye afirmando: "Sólo cuando el individuo tiene el poder jurídico de suscitar la eliminación particular o general de la ley que, por su contenido lesiona la igualdad o libertad constitucionalmente reconocidas, el derecho o libertad fundamental constituye un derecho subjetivo del individuo (p. 156). Es evidente la insistencia del autor en caracterizar el derecho subjetivo como un "poder jurídico", que se traduce en una acción.

<sup>10</sup> Cfr. Germán BIDART CAMPOS, "Pautas para la Formulación Normática de una Reforma Constitucional", en *El Derecho*, del 26.VIII.1975.

<sup>11</sup> En rigor, la última postura no sería posible sin el presupuesto de la anterior, o sea, la de la vinculación estrecha entre la libertad jurídica y la organización del poder público. Como bien señala Martin KRIELE, ob. cit. ut supra p. 157: "Sólo donde no hay soberano puede haber derechos humanos como derechos. En el absolutismo sólo había derechos humanos en la idea, no en realidad, en la filosofía, no en el derecho". Este autor insiste en la necesidad de puntualizar la diferencia entre tolerancia y derechos subjetivos asegurados institucionalmente, subrayando que la garantía institucional de los "derechos" supone un sistema constitucional con división de poderes (p. 158), y afirma: "por eso la historia de los derechos humanos transcurre en forma paralela a la historia del Estado constitucional. La historia de los derechos humanos y la del Estado constitucional forman una unidad indivisible. Los derechos humanos ponen condiciones y límites a aquel que tiene la competencia de crear y modificar el derecho y niegan el poder de violar el derecho (...). Los derechos sólo tienen efecto

La doctrina clásica de los derechos públicos subjetivos, a nuestro modo de ver, resulta reaccionaria a esta altura de los tiempos. Su invocación aparece hoy como algo regresivo, cuando ya se trata de garantizar no sólo los derechos *erga omnes*, sino también los nuevos derechos, es decir, los derechos sociales, tratando de visualizar todos los medios jurisdiccionales protectores para la garantía de esos nuevos derechos. Por eso, la disidencia tan respetable en su momento de Oyhanarte y Araoz de Lamadrid en el caso *Kot* (fallos 241:291) queda hoy como algo superado en el tiempo: el criterio que sustentaban estos dos distinguidos magistrados respondía a la concepción europea tradicional y retringida, según la cual (como dicen ellos en el voto) para que un derecho individual revista el carácter de una garantía con rango constitucional, era preciso que se tratara de un derecho público subjetivo, o sea, de un derecho reconocido al hombre frente al estado únicamente, frente al poder público. No es por casualidad que Oyhanarte y Araoz citan únicamente autores italianos y alemanes, países donde se origina la vieja doctrina: citan a Jellinek, Mortati y Baladori Pallieri. Según esta doctrina estrecha, cuando un particular lesiona un derecho de otro, no habría acto inconstitucional, ni se estarían violando garantías; pues en el campo del derecho privado no habría garantías, ya que la Constitución no se ocupa de la violación de las libertades por los particulares. Sin embargo, acotamos nosotros, la experiencia indica que estas violaciones pueden ser tan o más graves que aquéllas, sobre todo si se piensa en la potencia que pueden adquirir en el Estado contemporáneo los abusos provenientes —por ejemplo— de los contrapoderes económicos, más fuertes a veces que los poderes del Estado, o los desbordes que pueden tomar los grupos de hecho o los grupos paraestatales, o incluso los grupos de regulares armados (para poner simplemente tres o cuatro ejemplos de realidades acuciantes de nuestra época).

A mi modo de ver, entonces, esta doctrina es, por lo menos, superflua en el actual estado de cuestión; y proponemos abandonarla, porque la cuestión es otra: o hay derechos o no hay derechos. Y habrá derechos (entiéndose “derechos subjetivos”) cuando el derecho objetivo partiendo de la aplicación de la Constitución y del ejercicio de las potestades de los jueces, brinden los instrumentos conducentes para conferir a los más variados elementos de la libertad, los niveles de eficacia jurídica que en el sentido o acepción más estricta permite hablar de derechos subjetivos.<sup>12</sup>

frente a otros derechos, los derechos humanos sólo frente a un poder jurídico, esto es frente a competencias cuyo origen jurídico y cuyo status jurídico sea respetado por el titular de la competencia. Esta es la razón profunda de por qué los derechos humanos sólo pueden funcionar en un Estado constitucional. Para la eficacia de los derechos humanos la independencia judicial es más importante que el catálogo de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución” (pp. 159 y 160).

<sup>12</sup> Kelsen sintetiza la cuestión de la siguiente manera: “En suma, cabe afirmar que el derecho subjetivo de un individuo es, o bien, un mero derecho reflejo, esto es,

En síntesis, hablar de la protección de los derechos subjetivos en el ordenamiento constitucional, significa incluir todo tipo de situación protegida, por ejemplo: derechos civiles, ya sea individuales o sociales, pues no podemos olvidarnos de los derechos reconocidos por el 14 bis, con todas las hipótesis en que pueden jugar acciones nacidas directamente de la Constitución o del amparo, o de otras normas previstas para proteger esos derechos. También cabe la cobertura a los derechos políticos, y a los derechos públicos o cívicos.<sup>13</sup> También para proteger derechos de contenido patrimonial, para aquellos que son eminentemente de origen público; para aquellos que Sánchez Viamonte llamaba "inherentes a la personalidad humana."<sup>14</sup> Tanto para los derechos que consisten en exigir (actividad o prestación) cuanto para los derechos que consisten en exigir abstención y eventual reparación. Tanto para los derechos que consisten en manifestaciones exigibles al Estado, cuanto para contenidos exigibles a otros sujetos, es decir, a personas no estatales. Todos pueden estar en situación de devenir o de asumir el carácter de derechos subjetivos; y ello depende del grado de protección que le dispense el ordenamiento jurídico y la protección judicial en su caso. Esta protección puede variar de más a menos, configurando tres situaciones diferenciales: 1)) La protección amplia, es decir, completa, que da lugar a lo que realmente son derechos subjetivos; 2) la protección restringida, que es incompleta o limitada, que da derecho a lo que llamamos la protección de los intereses legítimos; y 3) la nula protec-

el reflejo de una obligación jurídica existente en relación con ese individuo, o bien, un derecho subjetivo privado en sentido técnico, esto es, el poder otorgado a un individuo para hacer valer, mediante una acción judicial, el hecho del incumplimiento en su respecto de la obligación jurídica pendiente, el poder jurídico de participar en la producción de la norma jurídica mediante la cual se ordena la sanción prevista para el incumplimiento; o bien, un derecho político, esto es, el poder jurídico otorgado a un individuo, sea directamente como miembro de la asamblea popular legislativa, de participar en la producción de las normas jurídicas generales denominadas 'leyes', o, como sujeto de un derecho de elección del parlamento, de la administración, de participar indirectamente en la producción de las normas jurídicas para lo cual está facultado el órgano elegido; o bien como derecho o libertad fundamental, reconocidos constitucionalmente, para participar en la producción de la norma mediante la cual se quita validez, sea en general (esto es, para todos los casos), o sólo individualmente, a la ley inconstitucional que lesiona la igualdad o libertad garantizadas. Finalmente, también puede designarse como derecho subjetivo a una permisión positiva administrativa" (cfr., "Teoría Para del Derecho", ed. cit. ut supra, pp. 156 y 157).

<sup>13</sup> Los así llamados derechos "públicos o cívicos", según BIELSA, son aquellos que se atribuyen a los habitantes (y no sólo a los ciudadanos), constituyendo un género del cual los derechos políticos son una especie. Así, los derechos de reunión, de petición y de asociación, que valen como medios para el ejercicio de otros derechos, tanto civiles como políticos (véase: Rafael BIELSA, "Derecho Constitucional", 3a. ed. Depalma, 1959, pp. 263 a 266). También sobre el mismo tema: Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, "Manual de Derecho Constitucional", 2a. ed. Kapelusz, p. 140).

<sup>14</sup> Cfr. Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, "La Libertad y sus Problemas", Ed. Omeba, Buenos Aires, 1961, Capítulo VII (Libertad y Patrimonio). p. 215 y ss.

ción, es decir cuando no hay protección concreta, que es la situación que emana de los beneficios de gracia o dispensa que otorga el gobernante de turno.

Por lo tanto, conviene precisar los conceptos: hay *derecho subjetivo* propiamente dicho cuando el sujeto está munido de acción para exigir o proteger su derecho (el derecho del cual es titular). Hay *interés legítimo* cuando se protege la legalidad, cuando se preserva el derecho objetivo con prescindencia del beneficio directo y personal que puede invocar al personal; pero siempre hay un beneficio indirecto y general protegiendo la legalidad objetiva.

En el primer caso, es decir, cuando hay derechos subjetivos, los medios o instrumentos procesales son variados, ya se llamen acciones, recursos, interdictos o mandamientos. En el segundo caso, los medios para preservar el interés legítimo pueden ser numerosos, según se articulen también por el derecho positivo: la denuncia, las peticiones o aún la acción popular, en aquellos países donde ésta existe.<sup>15</sup>

II. Veamos ahora el problema que plantea la acción de inconstitucionalidad, tema que viene preocupando renovada y renovadoramente desde hace algún tiempo, porque se han agravado circunstancias que en su momento no se hacían sentir tan estrechamente o tan gravemente y que hoy, en cambio si obligan a un replanteo de la situación. ¿Por qué? En primer lugar, porque la vigencia tan prolongada de los gobiernos *de facto*, se traduce en la inexistencia del órgano legislativo independiente, es decir del Congreso, a quien corresponde la función legislativa. Conviene reservar la expresión facultades legislativas, para el Congreso, y cuando se alude a los gobiernos de facto, de la actividad legislativa o legisferante de esos gobiernos irregulares, puesto que es una actividad anormal y no una facultad que provenga del ordenamiento constitucional normal.

En segundo lugar, otra razón es la frondosidad legislativa de estos gobiernos de facto, que se traduce en la existencia cada vez más numerosas de leyes, situación ésta que se agrava por la facilidad con que se dictan los decretos-leyes por parte de estos gobiernos irregulares. Creemos que ha llegado el momento de repensar el tema y acaso halla llegado la oportunidad de volver a la jurisprudencia vieja de la Corte, a partir del *caso Malmonge Nebreda* (fallos 169:309), en que se exigían criterios de necesidad y razonabilidad suficiente, para aceptar esa actividad legisferante (criterio úni-

<sup>15</sup> En el texto hacemos mención de los "intereses legítimos" como situaciones de protección "restringida", es decir no amplia. Queda en claro que aceptamos la existencia de diversos grados de protección, pero ello no implica que deban separarse las aguas en dos niveles irreductibles: los derechos subjetivos por un lado y los llamados intereses legítimos por el otro. En realidad, el tema ganaría en profundidad si supiéramos esa distinción terminológica y habláramos solamente del grado de protección de los derechos.

camente retomado por la Corte, después del año 1947, en el aislado *caso Stud Bolk* en 1969 (fallo 275:159) donde con la firma de Bidart Campos y otros conjucees se exigieron esos sensatos requisitos.

Agrava la situación también (y esta es otra razón de peso) la ausencia de debate en torno a las leyes. Y, por último, el dato alarmante de la creciente cantidad de inconstitucionalidades que se registran a través de esas normas. Por eso, frente a la magnitud de un problema que ya no es un problema antiguo, se impone procurar nuevas soluciones, pues como dicen los ingleses con muy buen criterio práctico: "*Where there is a wrong is a remedy*"; y si donde hay un error tiene que haber un remedio, pues nosotros tenemos que buscar ese remedio. Acá se produce un paralelismo de relaciones entre los conceptos de supremacía y control, por un lado, que se suponen; y los conceptos de derecho y garantías por el otro, que como acabamos de ver están estrechamente vinculadas. La primera relación está sobreentendida en la Constitución Nacional; la segunda se reduce en definitiva al análisis del problema de la operatividad de las cláusulas constitucionales: y este tema es hoy mucho más acuciante, porque a fines del siglo actual la temática ya no es la misma de fines del siglo pasado. A fines del siglo pasado, los constitucionlaistas se consideraban realizados, como dirían los psicólogos, sancionando constituciones, sancionando normas. Hoy el problema es de efectividades; la demanda, el requerimiento social, el emplazamiento concreto, está en buscar medios de efectivización, medios de protección real y concreta, frente a todo ese "catálogo de ilusiones", que aparece en los conjuntos normativos.

La acción de inconstitucionalidad, en este terreno, igual que el amparo, es una acción de derecho público que nace directamente de la constitución. Acá deberíamos equiparar la ubicación de la acción de inconstitucionalidad, con la ubicación que el proyecto del Poder Ejecutivo de 1964 realizaba en materia de amparo: una acción de derecho público nacional que brota de la Constitución (criterio que se abandonó después, en el decreto-ley de 1966).

¿Cuál es la finalidad? La finalidad es operativar las cláusulas de libertad, es decir, los derechos.

¿Cuál es su base o fundamento? Está en el reconocimiento de un derecho subjetivo a la jurisdicción o, mejor dicho, a la tutela judicial sumaria y efectiva de los derechos, es decir, el término más estrictísimo de la palabra garantías (según la vieja clasificación de Juan Francisco Linares) que nosotros ubicamos en el artículo 33 de la Constitución, entre las garantías no enumeradas (porque como es sabido este artículo protege no sólo derechos no ennumerados, sino también garantías no enumeradas, de las cuales la Corte ha extraído varias). ¿Y cuál es su Justificación? La clave radica, al igual que en el amparo: 1) en la ineptitud de los procedimientos ordinarios; 2) en el derecho a un proceso rápido (que la

Corte le reconoce rango constitucional); 3) en la afirmación de la Corte Suprema de que un derecho que no se realice, no es un derecho. Y esto lo ha recordado en los últimos años la Corte, en el dramático *caso Pérez de Smith y otros* (fallos 300:1282), cuando ha dicho: la plenitud del Estado de derecho no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y por ende de la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley y a los conflictos jurídicos. Place ver que es la primera vez que la Corte utiliza la expresión "justiciabilidad plena", que siempre fue muy renuente a usarla; y termina afirmando el verdadero valor del derecho, que según von Ihering descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica. La función del derecho en general es la de realizarse: *lo que no es realizable, nunca podrá ser derecho* (fallo citado, juez 1286).

También podemos imbricar esta acción en la obligada imperatividad de las normas que emanan del poder constituyente, que están revestidas de la nota máxima del orden público. Vale acá el mismo razonamiento de Boffi Boggero, en el ya *citado caso Buosi*, que con mucha claridad ya decía en 1959: "cuando una provincia no ha dictado las normas procesales destinadas a proteger un determinado derecho constitucional, en caso de ser éste transgredido o alzarse contra el mismo una amenaza ilegal de tal magnitud que le pusiera en peligro efectivo e inminente, tal derecho no puede quedar indefenso, porque es inconcebible un poder constituido que pueda por desidia o inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente. Admitir lo contrario (dice Boffi) so color de que el Poder Judicial legislaría o so capa de otros semejantes fundamentos, sería incompatible con una de las funciones más trascendentales de la Corte Suprema: la del control jurisdiccional, e importaría, además, desconocer que en esos casos se actuaría, también, aplicando una norma jurídica: la constitucional (fallos 244:683)". Podemos decir que aquí está la clave. No es que no se aplica una norma: se aplica una norma pero de mayor jerarquía, puesto que se aplica directamente la norma constitucional. Lo que nace o lo que brota de la Constitución, pues, no puede ser cercenada por la ley, ni por la acción del legislador, ni por la omisión del legislador o del administrador. Esto es lo que Bidart Campos denomina la declaración de inconstitucionalidad por omisión.

La imbricación de esta acción en el sistema del control debe tener cabida en el conjunto de los dispositivos pertinentes, que por estar dispersos y no codificados, o por estar parcialmente legislados y parcialmente ser fruto de creaciones pretorianas, a veces los confundimos, (por aquello del árbol que no deja ver el bosque) y no vemos la dimensión sistemática del conjunto. Pero si lo apuntamos someramente, veremos que el disposi-

tivo es muy completo. Tenemos por un lado el *recurso extraordinario legislado*, es decir el de los 3 incisos del artículo 14 de la ley 48, pero que funciona únicamente por vía de defensa o excepción para hacer planteos de inconstitucionalidades de normas. Tenemos el *amparo*, que vale para la remoción de obstáculos que pueden ser actos, pero son obstáculos lesivos de derechos constitucionalmente protegidos. Tenemos el *habeas corpus*, que también puede llegar a la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario, removiendo un obstáculo que lesiona un aspecto particular de la libertad: la libertad física o personal. Tenemos la anulación por *arbitrariedad* de sentencias, donde el vicio de inconstitucionalidad radica en la sentencia misma, es decir, la norma particularizada que es la sentencia es la que adolece del vicio de inconstitucionalidad. Tenemos el recurso clásico (“clásico” porque ahora hay otro más reciente dentro de la misma denominación) de la *Gravedad institucional*, donde se remueven ápices procesales para que la cuestión federal suficiente haga posible el recurso extraordinario y se evite la frustración de un derecho constitucionalmente protegido. Tenemos la modalidad nueva del *interés institucional*, suficiente que utiliza la Corte (en casos de los últimos años) para defender creencias o valores, según entiende la Corte, que correrían peligro sino se removiera el obstáculo. ¿Y falta qué? *Falta la acción*, en el orden federal. Falta la ley que permita canalizar este tipo de acción.

Esta acción, como el amparo amplio, se justifica por las infinitas modalidades de violación que pueden sufrir los derechos humanos y que la Corte, en el *caso Kot*, señalaba su peligro, decidiéndose a evitar sutilezas que puedan llevar a una confusión a la Suprema Corte, no importa de dónde proviene la lesión, lo que importa es reparar el derecho lesionado, asegurando la oponibilidad *erga omnes* de los derechos esenciales del hombre.

En esta materia, el Derecho Público Provincial se ha anticipado al Nacional, igual que en muchos temas; y a partir de la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873, se inicia esta acción que pasa a la Constitución (también de Buenos Aires) de 1934 como materia de jurisdicción originaria de la Corte; y que hoy en día está prevista en las constituciones de Entre Ríos, Córdoba, Chaco, Formosa, La Pampa, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, San Luis, Santa Cruz, Santiago del Estero y parcialmente la constitución del Chubut. Los Códigos procesales se han encargado de ampliar o restringir los alcances de esta acción y en casi todas esas provincias está reglamentada con la salvedad de que sólo vale para la legislación provincial que atente contra la constitución provincial. El Código de la Provincia de Buenos Aires describe bien la situación cuando en el artículo 683 dice: “De acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la Provincia se podrá demandar la declaración de inconstitucionalidad de Ley, decreto, ordenanza o reglamento que estatuya sobre materia regida por aquélla (es decir la constitución provincial), debiendo observarse el

siguiente procedimiento..." Esta acción no es excluyente de la posibilidad de plantear las inconstitucionalidades por vía de defensa o de excepción, e incluso el Código distingue entre las situaciones de contenido patrimonial y las situaciones que no tienen contenido patrimonial. En las primeras media un plazo de caducidad bastante estricto, de 30 días; mientras que en las otras no existe tal plazo y la posibilidad es de plantearlas en un término mayor (artículos 684 y 685).

Bastante se ha avanzado en el camino, en el orden nacional, hacia la acción, desde los tiempos de apogeo de la doctrina tradicional de la Corte, que la prohibía en forma terminante y total. Pero como la Corte sigue en alguna medida fiel a esa doctrina, tendremos que hacer ahora una breve disección de ella, para ver qué es lo que queda de esa doctrina y cuáles son las excepciones que la Corte ha ido admitiendo.

La doctrina tradicional se apoya en un aparente fundamento normativo de la ley 27 (una de las viejas leyes del año 1862) que en el artículo 2, luego de proclamar en el anterior, el deber de la justicia de aplicar siempre la Constitución en al solución de las causas, decía: art. 2º: "Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte".

La Corte entendió tradicionalmente <sup>16</sup> que incoar una acción de incons-

<sup>16</sup> Un caso leading en la jurisprudencia clásica de la Corte Suprema, puede ser el de "Banco Hipotecario Nacional c. Provincia de Córdoba" (Fallos 256:104, año 1963) allí se dijo:

Y Considerando: 1º Que, como esta Corte ha tenido ocasión reciente de reiterar, no existe, en el orden nacional, acción declarativa de inconstitucionalidad (cfr. causa F. 235 "Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro s/inconstitucionalidad del decreto-ley 260", sentencia del 13 de marzo del año en curso y sus citas).

2º Que esta doctrina excluye obviamente el control judicial directo de la constitucionalidad de las leyes y otros actos de las autoridades, concebido como procedimiento destinado a la mera invalidación de la norma o acto impugnado. Supone, por el contrario, que el análisis judicial de la constitucionalidad de tales normas o actos ocurra como aspectos de un litigio común y como medida tendiente a superar el obstáculo que deriva de aquellos para el reconocimiento del derecho invocado por la parte que los impugna. Es en este sentido que la jurisprudencia de esta Corte tiene declarado desde antiguo que todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero pueden interpretar y aplicar la Constitución en las causas cuyo reconocimiento les corresponde (cfr. Fallos 33-162; 149-122 y otros).

3º Que resulta así que la decisión de cuestiones constitucionales, por parte de los tribunales de la Nación, debe ocurrir sólo en el curso de procedimientos litigiosos, es decir, en controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios para la dilucidación jurisdiccional (cfr. KAUPER, Paul G. "Judicial Review of Constitutional Resources in the United States" p. 577 y ss. Colonia. Berlín 1962).

4º Que aparte cualquier otra pertinente calificación de lo que constituye mera cuestión declarativa, ajena como se ha dicho a la jurisdicción de los tribunales de la Nación, resulta de lo expuesto que están incluidos en esa especie los procedimientos destinados al solo control de la constitucionalidad de la ley objetada, sin más participe en la causa que la Provincia que la ha dictado y en ausencia de los

titucionalidad sería hacer una acción puramente declarativa, sería ejercer un tipo de control de índole abstracta, que además sería superfluo porque todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero pueden aplicar e interpretar la Constitución en las causas cuyos conocimientos les corresponda por las vías de defensa o de excepción (fallos 149:122). Pero si analizamos bien este artículo, vemos que los tres requisitos que impone, los reúne también la acción de inconstitucionalidad. Por ser acción está excluyendo la vía de oficio. Nadie piensa en un juez que se levante a la mañana y lee en el diario que se ha sancionado una ley que le parece inconstitucional, diga: ¡qué barbaridad!; llegue a su despacho y redacte un auto declarando la inconstitucionalidad. Nadie piensa en una ingenuidad de tan magno calibre.

En segundo lugar, siempre es a instancia de parte, en el sentido que al mediar una acción y al estar incoado un proceso, resultara entonces

titulares de los derechos reconocidos por ley (VILLOUGHBY "Principles of the Constitutional Law of the United States", cap. IV p. 25 New York 1935).

5º Que la necesidad de que las causas en que se planteen cuestiones constitucionales persigan la determinación de derechos debatidos entre partes adversarias y deben conducir a la condena o absolución de alguna de ellas, impone en supuestos determinados, incluso la resistencia al cumplimiento de las normas que se estimen incompatibles con la Constitución (Fallos 250-585 y sus citas). Pero es, además, exigencia necesaria del principio de la coordinación y separación de los poderes, que impone al judicial la permanencia en el ámbito jurisdiccional y le impide la invalidación genérica de las leyes objetadas ante sus estrados (fallos 248-702 y sus citas).

6º Que en la presente causa el Banco Hipotecario Nacional acciona a los efectos de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 4582 de la Provincia de Córdoba, con fundamento en los perjuicios que ella causa al actor, trabando su acción e impidiéndole el uso de sus derechos y privilegios, al imponerle normas de regulación de la actividad notarial. Entiende el acto que la demanda está correctamente dirigida contra la Provincia pues incumbiría a ésta la defensa de la ley atacada.

7º Que tal argumento no se compadece con la doctrina enunciada en los considerandos precedentes. Precisamente el sistema americano de "contactor incidental" de inconstitucionalidad excluye la defensa directa de las normas impugnadas por parte del Estado que las ha expedido en tanto no sea este adversario formal en la causa por debatirse derechos que aquellas le acuerdan. La conveniencia de la participación del Estado legislador, en los juicios de esta naturaleza, por medio de instituciones tales como la del "amicus curias" (KAUPER, Paul G. ob. cit. p. 593, nota 86) o de las audiencias que al efecto puedan arbitrarse, no impide que esa defensa no constituya el carácter de litigante adversario, en los términos a que antes se ha hecho referencia.

8º Que, en tales condiciones, la demanda deducida en la causa debe ser declarada improcedente por ser ajena a la jurisdicción originaria de esta Corte.

Por ello, habiendo dictaminado el procurador general fs. 14 y 215, se declara que la presente causa no es de la jurisdicción originaria de esta Corte. Sin costas, atenta la naturaleza de esta causa y por haberse podido creer la actora con derecho a litigar.—Benjamín Villegas Basavilbaso.—Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid.—Ricardo Colombres.—Esteban Imaz.—José F. Bidau.

que el objeto de ese proceso y su petitorio principal será pues el planteo de inconstitucionalidad. Esto permite la alteralidad, lo cual hace que el Ministerio Público u otro representante del Estado defienda la validez constitucional de esa norma. Se trataría simplemente de un problema de trasladado, que obviaría la faz procesal de la cuestión. Y en tercer lugar, que haya caso contencioso: aquí la Corte ha entendido que sólo hay caso contencioso, en los conflictos de índole privada, pero no de índole pública, o en los conflictos de índole patrimonial, pero no en aquellos que pueda estar exento *prima facie* de la faz patrimonial. Vamos a contestar ese argumento, afirmando que se cumple acabadamente con la Ley 27, a través del propósito que persigue en el artículo 3º, que es la norma que señala verdaderamente el objetivo referido a la justicia federal: sostener la observancia de la Constitución Nacional prescindiendo al decidir las causas de toda disposición de cualquiera de los otros Poderes nacionales que estén en oposición con ella. Precisamente, *la acción de inconstitucionalidad es la que permite prescindir de la norma inconstitucional cuando no hay otra vía idónea o apta para poder obtener esa prescindencia*. Hay muchas hipótesis en que no hay otra vía, es decir, muchos casos en que no funciona la defensa o excepción, porque procesalmente es imposible plantear el caso concreto. Son supuestos en los que no hay otra forma de trabar la litis.

Bielsa, con criterio tradicionalista, apoyaba la tesis clásica por una suerte de equiparación forzada que hacía entre la acción de inconstitucionalidad y la acción declarativa para los casos abstractos. En una de esas tantas notas (por supuesto muy agrias) que publica con el seudónimo de Próculo o de Nerva en la Ley (6.XII.1963), señalaba precisamente que cuando se dice que no hay acción declarativa, mejor se diría que la inconstitucionalidad no se declara en casos abstractos; y luego insistía en la existencia de caso concreto, es decir, de lesión efectiva de un derecho o garantía. Nadie pretende que la acción proceda en casos abstractos; lo que se pretende es que habiendo lesión a la objetividad, al valor objetivo de las normas preminentes y, pudiendo ello causar un perjuicio, funciona entonces la acción.

Bidart Campos, en el Congreso de Derecho Procesal de Salta celebrado en mayo de 1970, mencionó para que se instaure por ley la acción declarativa de inconstitucionalidad pura, que no encuentra óbice constitucional alguno por que implica la configuración de un proceso que encuadra en la acepción de "*causa*" utilizada por el artículo 100 de la Constitución. Fundamentaba su propuesta señalando cómo este tipo de acción no es ajeno al concepto de "*caso*" o de "*causa*", que establecen los artículos 100 y 101 de la Constitución.

Pero más rotunda todavía ha sido la conclusión aprobada, en septiembre de 1980, en Mar de Plata, en las Jornadas Científicas de la Magistratura, donde con la presencia de 600 magistrados de todo el país (y aquí cabe subrayar lo de *magistrados*, porque ésto da la pauta del valor de

este pronunciamiento), fueron los propios jueces los que lo postularon; y se dijo lo siguiente: "El cuestionamiento de inconstitucionalidad de una norma puede plantearse por vía de acción, siempre que medie un derecho subjetivo o un interés legítimo, aunque no haya ley procesal específica al respecto, en una causa judicial concreta, con sentencia cuyos efectos se limiten al caso decidido" (*sic*). Los jueces han ido más lejos que nosotros: se puede decir que directamente han procurado una solución equivalente a lo que fue en su momento el amparo.

Cabe recordar también, que un tiempo antes, en el Séptimo Congreso Nacional de Derecho Procesal (reunido en Mendoza, en octubre de 1972) habíamos contribuido a fundar esta conclusión: "La sumariedad del amparo no obsta para que el órgano jurisdiccional resuelva sobre la inconstitucionalidad de la norma en que el acto o hecho lesivo se basare, pues dicha declaración no depende de las argumentaciones de las partes." Y acá viene algo importante: "Además, en algunos casos, dicha declaración es el único medio para remover el obstáculo lesivo". Estaban presentes en Mendoza, algunos que luego olvidaron esa posición doctrinaria, pero la mayoría sostuvimos en aquella oportunidad (y lo seguimos sosteniendo) en cuanto a la posibilidad de canalizar esta acción por vía del amparo, que en ausencia de otra norma el marco del amparo podría ser la vía adecuada, pero siguiendo una solución interpretativa que dejara de lado el obstáculo del artículo 2º, inciso 2, de la Ley Nº 16,986.

Se dijo en Mendoza, en lo que hace a su procedencia, que esta acción debe concederse sin retaceos, siempre que se lesionen los derechos tutelados, sin que sean admisibles discriminaciones sobre el aspecto formal del acto lesivo, sea que el agravio provenga de vías de hecho o de una declaración de voluntad revestida de las formalidades del acto jurídico. Muchas veces es simplemente un revestimiento lo que le da el carácter de acto jurídico. Y nos pronunciamos porque la sumariedad del amparo no obste para que se resuelva sobre la inconstitucionalidad de la norma en que el acto o hecho lesivo se basaren, dado que no sólo dicha declaración no depende de las argumentaciones de las partes, sino que en algunas oportunidades es el único medio para remover el acto lesivo.

Amén de las consideraciones tradicionales de la jurisprudencia de la Corte y de las opiniones doctrinarias clásicas, sabemos todos que el principal impedimento ha surgido de la ley de amparo 16986, cuyo artículo 2º, que determina los casos de inadmisibilidad, prescribe en el inciso d): no procede la acción de amparo, cuando "...la determinación de la eventual invalidez del acto requiérese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas". El primer gran paso para superar este obstáculo lo dio la propia Corte (que lo había creado en el caso *Aserradero Cliper* (fallos 249:221) con el caso *Outon* (fallos 267:215) y luego con el caso *Mate Larangeira Méndes* (fallos 269:395) y hay que decir en honor a la justicia, que también existió un

antecedente de estos casos, que fue la disidencia de Boffi Boggero en el *caso Leguiza* (fallos 264:37)) quien no había suscripto el *caso Aserradero Clíper*, que fue donde la Corte comenzó a insinuar la tesis restrictiva. Pero en *Outon y Mate Larangeira Mendes* la Corte es de una extremada claridad; pero lástima que no declara la inconstitucionalidad del punto, y dice “el principio según el cual no cabe la declaración de inconstitucionalidad en esta clase de acciones no debe reportarse absoluto... más cuando las disposiciones de una ley decreto u ordenanza resulten claramente violatorias de algunos de los derechos humanos, la existencia de reglamentación no puede constituir obstáculo para que se restablezca de inmediato a la persona en el goce de la garantía fundamental vulnerada, porque de otro modo bastaría que la autoridad recurriera al procedimiento de proceder su acto u omisión arbitrarios de una norma previa por más inconstitucional que esta fuese, para frustrar la posibilidad de obtener en sede judicial una inmediata restitución en el ejercicio del derecho esencial conculcado”. La Corte persigue con toda sagacidad que el Poder Público puede utilizar el recurso de formalizar mediante norma un acto que normalmente no requiere norma, para así revestido del rango normativo, colocarlo en la posición de invulnerabilidad, es decir, por encima de la posibilidad de una impugnación. Esta doctrina que importaba toda una apertura, fue dejada sin efecto posteriormente en el *caso Editoria Popular Americana* (el resonado caso del diario “El Mundo”) donde la falla procesal fue en realidad de los recurrentes, que no plantearon concretamente la inconstitucionalidad del inciso d) del artículo 2º de la Ley de Amparo.<sup>17</sup> Allí la Corte se valió de esa falta de impugnación concreta para rechazar el planteo de inconstitucionalidad de fondo que se pedía (fallos 289:177).

<sup>17</sup> En los fundamentos de dicho pronunciamiento, la Corte Suprema desautorizó expresamente la doctrina del caso Outón y del caso Mate Laranjeiro Mendes, que habían sido resueltos con otra composición del Tribunal. En nuevo pronunciamiento, se dijo al respecto:

12. Que al respecto conviene precisar que lo decidido por la Corte en su anterior composición en la causa Outón, Carlos José y otros, amparo (fallos 267-215) (19), introduciendo el llamado “Control de constitucionalidad por interpretación” fue seguido, aunque con disidencia, en el caso que registra fallos 269-396 (20), reiterado en fallos 270-276 (21) y 291 (22) y posteriormente abandonado en fallos 270-349, 271-165, 274-79 (23) 471; 277-377 y 283-370. En efecto, la norma contenida en la última parte del inciso d) del artículo 2º decreto ley 16.986/66 constituye un impedimento expreso al progreso de la acción tal como ha sido deducida en estos autos, no siendo admisible, ante la claridad de sus términos, desvirtuar la prohibición en base a una interpretación que la deja de lado, según se hace en el consid. 144 de la sentencia de la instancia.

13. Que dicha doctrina constitucional tiene sustento no sólo en cuanto se dijera en fallos 190-142 (p. 98 de la reimpresión) al destacarse que es esencial en la organización de la administración de justicia como poder, que no le sea dado controlar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración que llevan consigo la presunción de validez, sino también porque la reso-

Sin embargo, nosotros creemos que no hay incompatibilidad entre la acción de inconstitucionalidad y la exigencia de la Corte acerca de un amplio y explícito debate que involuere el punto de la inconstitucionalidad; porque parece ser que la razón del artículo 2 inciso d) es la necesidad del debate amplio, porque en el mismo inciso están puestas las dos cosas, una al lado de otra. Porque cuando la Corte rechaza la acción en el caso del diario "El Mundo" (y en otros también), dice que el amparo no permitiría el "*debate amplio y explícito*" de la cuestión constitucional. Esto no es enteramente cierto. Por un lado, hay que tener presente que la Corte tiene establecido que no es admisible una interpretación que equivalga a la prescindencia de la norma que gobierna la cuestión de cuyo juzgamiento se trata, en tanto no medie su concreta declaración de inconstitucionalidad (fallos 257:295). En *Oulton* y en *Mate Larangeira Mendes* (y en cuatro o cinco casos más) la Corte prescinde de la aplicación de normas que directamente regían el caso. Esto quiere decir con evidencia que ha declarado tácitamente la inconstitucionalidad del inciso d) del artículo 2º.

Por otro lado, la misma Corte sostiene que sólo será pertinente mediando un amplio y explícito debate que conduzca a la aludida declaración de inconstitucionalidad (fallos 2662:41, consid. 7º informe); esta doctrina la aplica también al supuesto de impugnación de normas emanadas del Poder Ejecutivo, es decir, reglamentos o resoluciones donde también señala lo mismo (fallos 249:189 Consid. 6º; 262:468, Consid. 3º 254:30, Cnsid. 4º)

Entonces, preguntamos: ¿en qué instancia se puede brindar un más amplio debate constitucional, que a través de un juicio destinado a este efecto? Además y a mayor abundamiento, no podemos olvidar que la Corte misma entiende que conforme el régimen americano de control de constitucionalidad (que rige en nuestra República) *las cuestiones constitucionales integran las causas judiciales, en la medida que es pertinente para la solución del pleito existente entre las partes litigantes* (caso Abalos, 26.IV.63). Esto quiere decir que la cuestión de constitucionalidad siempre integra la causa judicial. Por lo tanto, cabe preguntar: ¿qué inconve-

lución de oficio implicaría la ruptura de la neutralidad del Poder Judicial en orden de actos de los otros poderes, ajenos a los fueros o atribuciones propias del judicial.

14. Que siendo, en consecuencia, de aplicación ineludible en la especie lo dispuesto por el artículo 2 inciso d) decreto ley 16.986/66, ni el juez ni la Cámara a quo se hallaban habilitados legalmente —como tampoco lo está la Corte Suprema— para entrar a conocer por vía de amparo sobre la cuestión planteada, desde que ello implicaría prescindir de una norma vigente —el mencionado decreto ley 16.986/66 o pronunciar de oficio su inconstitucionalidad, por lo que cabe concluir que la sentencia apelada no es arreglada a derecho.

Por estos fundamentos, se revoca la sentencia de fs. 145 a 153, en cuando ha sido materia del recurso y, en consecuencia, se rechaza la acción —Miguel A. Bercaitz, Agustín Díaz Bialek; Manuel Arauz Castex; Ernesto A. Corvalán Nardares— el doctor Masnatta no firma.

niente institucional puede existir para que la litis toda se integre con una cuestión de compatibilidad constitucional de las normas, a ser dilucidada por el juez frente al requerimiento de parte interesada?

Si esto no es admisible en el orden de la justicia nacional, lo es únicamente por una errónea interpretación de las leyes 27 y 48, más el silencio posterior del legislador; porque en numerosas provincias (como queda visto) esa vía está expedita e incluso constitucionalizada, no habiendo obstáculo constitucional para que así también pueda ser en el ámbito del Poder Judicial Federal. Caso contrario tendríamos que decir (lo cual sería un absurdo) que todas esas cláusulas constitucionales de las diez provincias que hemos mencionado, más sus diez Códigos procesales, serían inconstitucionales, a tenor del artículo 5º de la Constitución Nacional que exige en materia de derechos y garantías la conformidad de las instituciones provinciales con las instituciones nacionales. Si es inconstitucional en el orden nacional tendría que ser también inconstitucional en el orden provincial, lo cual es un absurdo.

Por último, lo más avanzado en esta materia es la acción popular de inconstitucionalidad, que ya existe en algunos otros países y que en nuestro país la tiene perfectamente institucionalizada la muy progresista constitución del Chaco; y no sólo constitucionalizada sino reglamentada, a tal punto que el Superior Tribunal de Justicia del Chaco la ha aplicado y la ha explicado en algunos pronunciamientos.

Por ejemplo, en un caso muy interesante, con nota de Bidart Campos en *Jurisprudencia Argentina* (1967, t. V, caso *Las Breñas S.R.L.*) donde el Superior Tribunal del Chaco al decidir lo único que exige es el requerimiento de parte; y señala que se puede impulsar este procedimiento, tanto por una persona física o ideal, de derecho privado o público, pudiendo accionar una o muchas personas conjuntamente, una Municipalidad, un partido político, un sindicato reconocido. De modo que para entablar esa acción no se necesita tener interés privado alguno ni estar o sentirse lesionado en derecho público subjetivo; y dice después el Tribunal: "en la acción de inconstitucionalidad se protege la Constitución objetivamente afectada, que es una manera de estar afectado el pueblo que la instituyó"; y señala luego la forma en que se ha evolucionado el sentido de protección constitucional.<sup>18</sup>

Reconocer y admitir esta acción o demanda, sería una labor positiva para la doctrina y para la jurisprudencia argentina. Creemos que en el orden nacional sólo sería viable, a través del cauce del amparo, pero para

<sup>18</sup> En el respectivo comentario, Bidart Campos señalaba que "la acción de inconstitucionalidad no excepciona el principio general de que los jueces sólo se pronuncian en 'casos' y nunca de oficio o en abstracto. La acción de inconstitucionalidad incita la jurisdicción del juez y da origen a un proceso, que podrá referirse a una cuestión de puro derecho, pero que es actividad jurisdiccional promovida a instancia de parte.

ello es menester prescindir de la prohibición contenida en este artículo e inciso de la Ley 16986 que hemos mencionado. Si la Corte asumió esa actitud en los casos de *Outon y Mate Larangeira Mendes*, donde admitió la protección a pesar de la restricción legal, con más razón creemos que puede aceptar hoy esa vía cuando han mediado dos avales legislativos que abren y que no cierran la posibilidad de acudir a tan importante herramienta. Son dos normas posteriores a la Ley de Amparo. Una es la ley de procedimientos administrativos, la famosa ley 19549, en cuyos artículos 24 y 25 está prevista la acción contra el Estado y se indican las diversas hipótesis: cuando el acto de alcance general pueda ser impugnado por vía judicial, afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente los derechos subjetivos, etc.; es decir que lo está planteando con un sentido muy amplio, donde no necesariamente hay que entender que se trata de situaciones derivadas de un decreto o de una resolución.<sup>19</sup> En segundo lugar, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que incorporó en el artículo 322 las acciones declarativas o acciones meramente declarativas (lo que mantiene la

Y después de aclarar la correcta interpretación del Artículo 29 de la Ley 27, el mismo autor señala: "Para nosotros, la acción de inconstitucionalidad provoca un proceso que configura 'caso' o 'causa' judiciales y que, por eso, mantiene la regla de que los jueces no intervienen ni se pronuncian al margen de ellos. La función de administrar justicia requiere impulso procesal de parte, y ello es así aún en esta categoría específica de acción, teñida de color publicístico".

<sup>19</sup> Los artículos 24 y 25 de la Ley N° 19.549, expresan:

Artículo 24.—El acto de alcance general será impugnado por vía judicial:

a) Cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta o inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10.

b) Cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante "actos definitivos" y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas.

Artículo 25.—La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de NOVENTA días, computado de la siguiente manera:

a) Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado.

b) Si se tratare de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria.

c) Si se tratare de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agota la instancia administrativa.

d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos ocurrieren.

Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de TREINTA días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas.

última reforma de la ley 22434) que son acciones tendientes a hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una "relación jurídica".<sup>20</sup>

No compartimos el criterio excesivamente formalista de la Sala 1º de la Cámara Civil y Comercial Federal, en el caso *Antoleo Lets y otros* (la Ley, 28.X.81), según el cual este artículo del Código Procesal Civil tendría su ámbito natural de aplicación en orden a decisiones de derecho común únicamente.

Por otra parte, nos parece menester puntualizar una vez más que no cabe confundir los planteos directos de inconstitucionalidad con las cuestiones denominadas "abstractas", pues al contrario, en muchos casos la demanda o acción es la única vía apta para remover el obstáculo y en esos casos se trata de un obstáculo precisamente normativo que afecta el goce del derecho que titulariza quien ha incoado esa acción.

Una interpretación reticente del ámbito aplicable del artículo 322 sólo serviría para bloquear el uso de esa vía procesal en circunstancias muy frecuentes en que aparece con toda fuerza la imposibilidad procesal de acudir a ninguna otra vía apta y suficiente para obtener la descalificación judicial de la norma impugnada.

A ello debemos agregar, por último, el hecho preocupante de que en los últimos tiempo y bajo las actuales circunstancias institucionales, en que no existe el Congreso, es perceptible la propensión del Poder Político a dictar la mayor parte de las normas bajo la forma de "ley", con la inculcable finalidad de vigorizar sus efectos y de reforzar su fuerza ante posibles planteos de impugnación. Se trata de actos que ordinariamente no requerirían la sanción de "ley" en sentido formal, pues por su contenido pertenecen a otra sustancia normativa inferior, pero que se los reviste de esa coraza para precaverse del riesgo de una eventual descalificación. Así pues, es más fácil derribar las normas o los actos correspondientes a los más bajos peldaños del ordenamiento jurídico y entonces, la asunción del rango legislativo sirve para "reasegurar" la supervivencia de normas que seguramente han de ser sometidas al ataque de su validez constitucional, es decir,

<sup>20</sup> El artículo 322 del citado Código Procesal, referido a la "acción meramente declarativa", en la redacción de la Ley Nº 22.434, expresa:

"Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de "una relación jurídica" siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

Si el actor pretendiera que la cuestión tramite por las reglas establecidas para el juicio sumario o sumarísimo, la demanda deberá ajustarse a los términos del artículo 486.

El juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida".

que tendrían una alta vulnerabilidad. En definitiva, creemos que es pertinente intentar la apertura, que postulamos, porque es la única forma de ser felices a la regla con que iniciábamos estas reflexiones: a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles; a todo perfeccionamiento de las competencias debe correlativamente y paralelamente arbitrarse un más refinado dispositivo de protección de los derechos constitucionales.

En definitiva, es nuestra esperanza que, o por la acción pretoriana de los jueces o por la acción legislativa, pueda algún día encontrarse vigente en el orden nacional lo que ya rige para suerte de muchas provincias en el derecho público local.

### III. A MANERA DE CONCLUSIONES, PODEMOS SOSTENER LOS SIGUIENTES PUNTOS:

1) El peso de las nuevas condiciones y la gravitación de un estado de cosas que incide gravemente en el deterioro progresivo de la legalidad constitucional, hacen necesario reconocer y admitir lisa y llanamente, la existencia pretoriana de una *acción* de inconstitucionalidad, con base en el derecho público nacional.

2) A los efectos de su encuadre procesal o formal, esa acción es viable a través del *amparo*, pero para ello es menester prescindir de la prohibición contenida en la Ley de Amparo N° 16,986, del año 1966 (Boletín Oficial, 20.X.66)).

3) Si la Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó una actitud en ese sentido, en los *casos Outón y Mate Larangeira Mendes*, donde admitió la protección a pesar de la citada restricción legal, con más razón aún puede aceptar hoy esa vía, cuando han mediado dos avales legislativos que abren y no cierran la posibilidad de acudir a tan importante herramienta: la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19,549 (artículos 24 y 25)), y el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación (artículo 322, acciones declarativas).

4) Por un camino así, de proseguir, marchamos en la dirección que nos acerca a la dimensión protectora alcanzada por el instituto del amparo en México, al mismo tiempo que nos aproxima en parte a los más avanzados regímenes de Colombia y de Venezuela, con los que es viable aspirar a una *plena justiciabilidad*.

5) Siempre se trata de encontrar el equilibrio entre dos *valores* en juego: la Libertad y el ejercicio de los derechos que de ella emanan, con la Autoridad y el ejercicio de los poderes públicos que le competen. El crecimiento del poder es irreversible en el Estado moderno, pero la protección de la Libertad es indeclinable. Por ello es que a mayor poder debe corresponder un mejor control.

6) El control de constitucionalidad es el control jurídico por excelencia. Sólo a través de su uso se pueden armonizar los requerimientos de una *democracia* abierta y militante para el pueblo (los destinatarios del poder) con la imperiosa necesidad de contar con la *eficacia* del gobierno (es decir, de los detentadores del poder). Romper ese equilibrio nos sumergiría en la tiranía o en la anarquía: debemos preferir el orden constitucional, edificante de un "Estado de Derecho", munido de poderes pero sujeto a controles.

7) Deberá encararse oportunamente, por el H. Congreso de la Nación, la sanción de una ley general de procedimientos federales para la integral protección de los derechos, que sistematice y codifique el derecho adjetivo en la materia; que también cubra las lagunas existentes; y que reconozca la preexistencia de acciones que nacen de nuestro sistema constitucional con el alcance de acciones de derecho público nacional.<sup>21</sup>

Y aquí lo importante: las cuestiones de constitucionalidad están omnipresentes en todo tipo de "casos" o de "causas" que se deban resolver ante los jueces. Respetando las reglas de competencia y las formas procesales, ningún tribunal puede excusarse de resolver los puntos de índole constitucional que rigen la causa *sub-examine*. El tipo de juicio o la clase de procedimiento adoptado para el trámite, no es óbice para el planteo de las cuestiones de constitucionalidad. Admitir lo contrario es equivalente de privar a la Constitución del carácter de norma de orden público que debe prevalecer en todo el ordenamiento jurídico del Estado. La circunstancia de que el trámite concreto de una "causa" adopte las formas de una acción sumaria (habeas corpus, amparo, etcétera), no crea ningún obstáculo para que el juez decida la aplicación prioritaria de la Constitución Nacional. Más aún: ese es su deber, a tener la propia jerarquía normativa que le impone en el acto de sentenciar la Ley 27, como así también todas las leyes posteriores atinentes al funcionamiento de la Justicia Nacional. Paralelamente, con respecto a la Justicia Local, todas las Constituciones locales contienen mandatos de la misma índole.

En consecuencia, el carácter de *orden público* de las normas constitucionales, que fundamenta su carácter de indisponibles por las partes, es la razón que obliga a resolver las cuestiones constitucionales en todo tipo de "causa" judicial. Las normas y reglas procesales, que en la mayor parte

<sup>21</sup> Hemos propuesto la sanción de una ley de esa naturaleza, desde la publicación de nuestras "Reflexiones sobre la experiencia del Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad", en Jurisprudencia Argentina del 28 de Diciembre de 1977 (tesis defendida en el Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Resistencia, ese mismo año). A partir de esa fecha, hemos reiterado en numerosas oportunidades la misma propuesta legislativa, fundados en la necesidad de preservar el valor "seguridad jurídica" a través de la mayor "certeza" del derecho aplicable, lo que naturalmente incluye la certidumbre del derecho adjetivo y de la jurisdicción correspondiente.

de los casos provienen de fuentes doctrinarias o legislativas europeas, ajenas a los principios cardinales de nuestro sistema de control de constitucionalidad, no pueden ser invocadas como razón evasiva del debido control. En nuestro régimen constitucional, el control es una función inherente a la potestad interpretativa del derecho aplicable que corresponde a todos los jueces.