

CONTROL DE GESTIÓN Y CONTROL DE LEGALIDAD

Sobre la “oportunidad, mérito y conveniencia”, la “zona de reserva de la Administración”, las “cuestiones no judiciales”, las “funciones políticas privativas”, la “separación absoluta de poderes” y otras estrategias elusivas en la relación Poder-Derecho.

Analia Haydeé MAS *

*“- La cuestión -insistió Alicia- es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.
- La cuestión -zanjó Humpty-Dumpty- es saber quién es el que manda”.
Lewis CARROL, Alicia a través del espejo.*

“Allí donde la Constitución dice ‘todas las causas’ la Corte leyó ‘todas las causas susceptibles de apreciación judicial’”.

Guido Idelmar RISSO.

1. En el presente trabajo abordaremos una serie de cuestiones jurídicas que también podrían haberse titulado: “Algunos problemas de interpretación de la ley y sus efectos políticos”, dado que el mismo alude al núcleo de la temática analizada. Cada uno de los conceptos a que se hará referencia se han tratado por separado en profusos y autorizados textos doctrinarios y jurisprudenciales, respecto de los cuales, en su caso, se harán las menciones correspondientes. Sin embargo su tratamiento en esta oportunidad no carece de una cierta justificación. En primer lugar, la doctrina -que está aún lejos de ser pacífica-, continúa enfrentada hoy como ayer, sin que la discusión pueda inclinarse en forma concluyente hacia una u otra postura. En segundo término, cabe hacer notar que las posiciones doctrinarias suelen expresarse como si el Derecho fuese un objeto estático, inmutable, como un sistema *cerrado* fuera del tiempo y del espacio, desvinculado de cualquier entorno socio-político, de cualquier contexto circunstancial ¹. Entonces trabaja-

* Profesora Adjunta de Teoría General del Derecho, UBA

1 Sobre la distinción entre sistemas *abiertos* y *cerrados* ver MAS, Analia Haydeé, *Introducción a la Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, Estudio, 2008, Cap. IV, págs. 95 y sgts.

mos con jurisprudencia del siglo XIX como si fuese actual, o contextos doctrinarios y judiciales originados en otras latitudes, como si fueran siempre idénticas a las nuestras. Las opiniones que trataremos de desarrollar, en cambio, intentan partir de una concepción del Derecho como un objeto dinámico, cambiante, influenciado por el entorno, y en esto pretende ser un aporte original.

Seguidamente, no hay que olvidar que *toda interpretación es “un acto de decisión lingüística”* y no la consecuencia formal y mecánica de la aplicación de un conjunto de reglas objetivas ². Por consiguiente, toda interpretación encubre una preferencia axiológica, que resulta útil explicitar.

Por último, así como recién señalamos la costumbre de tratar al Derecho en forma atemporal e independiente de una historia, ahora debemos advertir sobre la tentación de convertir “especialidades” en “autonomías”. AFTALIÓN decía que: “...todo depende del alcance que se le asigne a la palabra *autonomía*. Si sólo se significa con ella la conveniencia de su independización docente, con fines didácticos, nada hay que objetarle. Pero no estimo correcto hablar de nuevas ciencias, de autónomas *ramas del saber*, cada vez que encontramos criterios contingentes para efectuar nuevas parcelaciones sistemáticas de los datos dogmáticos de un ordenamiento jurídico” ³. Hasta en la más desarrollada de las ciencias, la física, no deja de ocurrir lo mismo. En la actualidad, el físico Stephen W. HAWKING ha señalado que: “Sería muy difícil construir de golpe una completa teoría unificada del todo, así que, en su lugar, tenemos que avanzar encontrando teorías parciales... Al final, sin embargo, esperaríamos encontrar una teoría unificada completa y consistente que incluyera a todas estas teorías parciales como aproximaciones” ⁴.

2 Dice VERNENGO: “La interpretación más rigurosamente literal es incapaz de enunciar una norma que regule lo mismo que la primitiva interpretada, si de antemano no se ha resuelto por un acto de *decisión lingüística* que ambas tengan el mismo alcance prescriptivo o normativo” (VERNENGO, Roberto J., *La interpretación literal de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2da. ed. 1994, pág. 57 [énfasis agregado]). Ver también RUSSO, Eduardo Á., MOGUILLANES MENDÍA, Alicia A. y MAS, Analía H., *La lengua del Derecho – Introducción a la lingüística y a la hermenéutica jurídicas*, Buenos Aires, Estudio, 4ta. ed. 2007, cap. IX, págs. 133 y sgts.

3 AFTALIÓN, Enrique E. (con colaboraciones de Laureano LANDABURU, Julio CUETO RÚA y Carlos JÁUREGUI), *Derecho Penal Administrativo*, Bs. Aires, Arayú, 1955, pág. 5.

4 HAWKING, Stephen W., *La teoría del todo – el origen y el destino del universo*, Buenos Aires, Debate, 2ª. ed. 2008, pág. 125.

La fragmentación del conocimiento se inspiró en el modelo metodológico de los comienzos de la ciencia moderna que, por oposición a las cosmovisiones unitarias de la antigüedad, dividió el campo del conocimiento una y otra vez hasta formar pequeñísimos universos donde sus “leyes” pudieran ser “universalmente” válidas. En cambio, a tenor de las cuestiones que se desarrollan, cabe subrayar aquí el hecho que las mismas florecen en un terreno común a la Teoría Jurídica y a la Teoría Política, como todo tema vinculado con la organización del Estado, su legitimación, sus funciones, límites y abusos ⁵.

2. Comencemos, a título de ejemplo, con el art. 18 de Ley nacional de procedimientos administrativos que admite la revocación, modificación o sustitución en sede administrativa del acto regular “... por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”. Un texto casi idéntico se plasma, bajo el mismo número de artículo, en la ley de procedimientos administrativos de la C.A.B.A., agregando que: “Dicha indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una causa directa e inmediata de la revocación, excluyendo el pago del lucro cesante”, cláusula de dudosa constitucionalidad.

¿Qué alcance tienen las palabras *oportunidad, mérito y conveniencia* cuya invocación produce el efecto mágico de autorizar a la propia Administración a la derogación, modificación o sustitución de un acto jurídico regular? ¿Puede ser resorte exclusivo y excluyente del mismo que produjo validamente el acto -aunque provenga de otra gestión anterior, en virtud del principio de continuidad del Estado- “borrar con el codo lo que escribió con la mano” mediante el recurso de alegar su “inconveniencia” para el “interés público” (que él mismo evaluará frente al caso concreto)? ¿Por qué -en la norma de la Ciudad- se limita la indemnización, eliminando *a priori* la proveniente del “lucro cesante”, cuya magnitud, llegado el caso, puede ser tan significativa que su eliminación roce a su vez al derecho de propiedad?

Este tema no es muy diferente en cuanto a los interrogantes que plantea, como veremos, de las llamadas “*zonas de reserva*” tan

⁵ Russo, Eduardo Á., “Legitimidad, racionalización, eficacia y consenso (Acercas de los conceptos básicos de la teoría del Estado y del Derecho)”, en Rev. “Lecciones y Ensayos”, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, nros. 67/68, 1997, págs. 43 y sgts.

a menudo invocadas por la Administración para cuestionar la jurisdicción del Poder Judicial sobre determinados casos. El extinto profesor BIDART CAMPOS al responder una pregunta de la Revista “Lecciones y Ensayos”, dio la siguiente respuesta: “**L y E:** ¿Existe una verdadera zona de reserva de la Administración en la Constitución? **B. C.:** Contesto afirmativamente: cada órgano de poder tiene su propia zona de reserva. Por ende, la administración tiene la suya. El ejemplo para mí más convincente es el siguiente, en el que siempre he seguido la doctrina de Miguel S. MARIENHOFF sobre el punto: la creación de entidades autárquicas en el área de la administración que depende del Poder Ejecutivo le pertenece exclusivamente a éste, porque implica desmembrar un sector propio de su zona de reserva. Hacerlo por ley del Congreso es inconstitucional porque implica que un órgano ajeno invade la mencionada zona de reserva. El Congreso solamente puede crear entidades autárquicas en relación con materias que, explícita o implícitamente, encuadran en alguna de las competencias que la Constitución le atribuye”⁶.

3. En cuanto a las llamadas “cuestiones no justiciables”, la doctrina pertinente nació -como sabemos- en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso “Marbury vs. Madison” (1803). Allí sentó el principio de que la decisión de las cuestiones políticas no está dentro de la competencia del Poder Judicial y que, por lo tanto, las decisiones de los órganos políticos son definitivas⁷. Serían casos de cuestiones no judiciales, por ejemplo: la declaración de guerra por parte del Presidente, las reformas constitucionales, los actos políticos y de gobierno, la declaración del estado de sitio, el nombramiento de un ministro, la intervención federal a una provincia, entre otros. Tampoco serían susceptibles de control judicial los propósitos, conveniencia, oportunidad o eficacia de las leyes, como tampoco el modo o procedimiento formal para dictarlas.

En nuestro país la Corte Suprema receptó la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales en el caso “Cullen Joaquín M. c/ Llerena Baldomero” (*Fallos*, 53:420 del 07/09/1893). En tal oportu-

6 http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_entrevista_bidart.php

7 SC Estados Unidos, 24/02/1803/“Marbury c/Madison”. Ver SIMONA, Sergio Gustavo, *Las piedras basales*, en Colección de Análisis Jurisprudencial-Teoría General del Derecho, Director Eduardo Ángel RUSSO, Buenos Aires, L.L., 2002, págs. 3/10.

nidad se resolvió que la intervención nacional en las provincias, en los casos en que la Constitución lo autoriza, es un acto político por su naturaleza y la verificación de la existencia de los recaudos para su procedencia corresponde exclusivamente a los órganos políticos de la Nación: “[l]a intervención -se dijo-, es del resorte de los poderes políticos, y sus decisiones al respecto, no pueden ser controvertidas por el departamento judicial, no pueden contestarse las facultades de aquéllos para decidir tanto sobre el fondo, como sobre la forma de sus deliberaciones; así cuando se dicta la ley, como cuando se resuelve todo asunto comprendido en sus atribuciones constitucionales. Es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente. Por esta razón, no compete a esta Suprema Corte, en la presente demanda, examinar la interpretación y aplicación que las Cámaras del Congreso han dado al artículo sesenta y uno de la Constitución”.

En su voto en disidencia el Dr. Luis V. VARELA sostuvo que: “Las cuestiones políticas son sólo cuestiones de soberanía y, si bien la Constitución no ha dado al Poder Judicial la facultad de dirimir conflictos entre el Gobierno Nacional y los gobiernos de Provincia, tampoco puede pretenderse que la Constitución ha impuesto a éstas el deber de acatar, sin recurso, las medidas políticas del Gobierno Federal que sean contrarias a la Constitución... Las *funciones políticas privativas* de los departamentos políticos del Estado no son susceptible de un juicio ante los tribunales, cuando el ejercicio de esas funciones no han puesto la ley o el acto ejecutado en conflicto de la Constitución misma; pero *cuando una ley o un acto del Poder Ejecutivo estén en conflicto con las disposiciones, derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surge un caso judicial, que puede ser llevado a los tribunales por la parte agraviada*”⁸.

En el fragmento resaltado de la disidencia se establece la diferencia teórica entre *control de gestión* -que corresponde, en principio, al propio poder del cual emana el acto, como es el caso, por ejemplo, de la revocación o subsanación del acto anulable o de la anulación del acto nulo, en su caso (arts. 14, 15 y 19, decreto-ley

⁸ Ver Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional, Director Carlos Alberto SABSAY, L.L., Buenos Aires, 2005, pág. 195, con nota de Calogero PIZZOLO.

19.549/72)- y *control de legalidad* que compete al Poder Judicial. Con respecto al primer supuesto se da la paradoja, ineludible, de que en último término la definición respecto de si nos encontramos en uno u otro caso corresponde también al Poder Judicial, puesto que, de lo contrario, se caería nuevamente en el absurdo de que el propio poder que realizó el acto o dictó la norma en cuestión, sea el que la califique, y por lo tanto, llegado el caso, la sustraiga del control de legalidad por su propia voluntad.

Otro precedente que se suele invocar es el fallo de la Corte Suprema recaído en el caso “Guerrero de Soria, Juana A. vs. Bodega y Viñedos Pulenta Hnos.” de 1963 (L.L. 112, 225). Aquí también las posiciones se dividieron: nuevamente para la mayoría, las cuestiones políticas constituyen materias cuya naturaleza es por completo ajena a la esencia de la función jurisdiccional; el Poder Judicial carece de competencia para avocarse al conocimiento de ellas, por lo tanto su dilucidación está exclusivamente librada a los poderes políticos. Evidentemente las definiciones acerca de lo que ha de entenderse por cuestión política vagan siempre en un círculo vicioso.

La tesis que acepta la existencia de cuestiones políticas no judiciales, se basa en que la exención al control judicial obedece al carácter distintivamente político de los actos, definidos como tales por ser la aplicación concreta del poder *discrecional* que radica y se fundamenta en la *oportunidad y conveniencia* del acto en función de los intereses del Estado y así de la Nación.

Se argumenta que el Poder Legislativo y el Ejecutivo, para el gobierno del Estado, necesitan disponer de un margen de arbitrio incontrolado, en cuyo uso, cada uno de estos poderes esté libre de todo control, y se agotan en la propia instancia de la que emanan, no pudiendo ser llevadas ante el Poder Judicial, ni siquiera a través de una cuestión de inconstitucionalidad.

Para BOFFI BOGGERO, en cambio: “precisamente esa abstención de juzgar so pretexto de tratarse de cuestiones políticas, no es más que un abandono de la función que tiene el Poder Judicial, antes bien que constituir una violación al mentado principio de Montesquieu el tratamiento de las mismas procura llegar al equilibrio de esos poderes para que el ordenamiento jurídico pueda vivir con plenitud”. En los fundamentos de su voto expresó en los considerandos 8 y 9 que: “[l]a opinión adversa al juzgamiento por esta Corte encuentra su raíz en una doctrina que, con invocación del principio de la ‘*separación de los poderes*’, en realidad detrae al Poder Judicial el conocimiento de causas en las cuales, con fundamento precisamente en que aquel esencial principio, ha de inter-

venir según lo establecen los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional y normas afines. En efecto, para referirse a esas causas, el infrascrito expresó en *Fallos*, 243: 260, 264: ‘Que los poderes políticos deben ejercer sus facultades respectivas sin afectar los derechos y obligaciones establecidos por el ordenamiento jurídico, porque lo contrario transformará las facultades privativas en facultades sin control de los jueces. Que ello es así porque una cosa significa la política en sí misma y otra es el derecho político que regula jurídicamente la vida de aquélla; y una es, en consecuencia, la política en materia de elecciones y una muy diferente es el derecho electoral que regula. Que cuando las trasgresiones de los poderes políticos afectan la materia sometida a la competencia jurisdiccional de esta Corte, se impone la sustanciación de las causas respectivas para decidir en consecuencia, sin que esos Poderes del Estado puedan legítimamente alegar que se trata del ejercicio de facultades privativas (*Fallos*, 147:286)’. Esa doctrina fue sostenida en numerosas oportunidades, algunas recientes, por lo que cabe la remisión *brevitatis causa* a cada una de ellas (votos en *Fallos*, 248: 61 y 66; 253: 386, 389; en causas S.4252 ‘Presidente de la Cámara Federal Dr. Alfredo Masi s/plantea cuestión al Tribunal’ y S.4253 ‘Juez federal Dr. Guerello s/plantea cuestión al Tribunal’, falladas en 27 de junio de 1963; y muchas otras). Que a este respecto cabe recordar que el pueblo, mediante su decisión constituyente, distribuyó en tres Poderes la potestad de gobierno, fijando a cada uno su esfera. Al poder Judicial le asignó la de decidir las causas mencionadas en los aludidos artículos de la Constitución Nacional”.

El mismo magistrado en el caso “Partido Socialista”, sostuvo la justiciabilidad de las cuestiones políticas diciendo: “los poderes políticos deben ejercer sus facultades respectivas sin afectar los derechos y obligaciones establecidos por el ordenamiento jurídico porque lo contrario transformaría las facultades privativas en facultades sin control de los jueces. Que ello es así porque una cosa significa la política en sí misma y otra es el derecho político que regula jurídicamente la vida de aquélla” (*Fallos*, 147:286).

Como críticamente señala RISSO, “las cuestiones políticas han nacido, lisa y llanamente, como consecuencia de una actitud de abstención voluntaria por parte de la judicatura”⁹. Y continúa: “Por esto, se ha reemplazado la justiciabilidad por la *necesidad* y *oportunidad*, basada en razones de hecho de sustraer o no, ciertos

9 RISSO, Guido Idelmar, “La justiciabilidad de las cuestiones políticas”, <http://www.garciaalonso.com.ar>.

actos de gobierno, de la revisión jurisdiccional. Ahora bien, evidentemente el problema era otro y no pasa entonces por reconocer o negar la existencia de las llamadas cuestiones políticas. Entre las atribuciones otorgadas a la jurisdicción, especial y limitada, de la Corte Suprema y los tribunales inferiores, la Constitución Nacional a través de su artículo 116 les ha conferido el conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación... Si la Constitución ha empleado el término todas las causas, más allá de las reservas que el mismo artículo prevé, no puede hacerse exclusiones de algunas causas para declarar sobre ellas la no injerencia del Poder Judicial. De este modo, ni la ley ni la Corte Suprema pueden hacer excepciones, dado que allí donde la Constitución no las ha hecho, nadie puede hacerlas”.

4. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (O.E.A.), en el caso “Gustavo Carranza c/Argentina (Caso 10.087), produjo Informe N° 30/97, que en lo esencial estableció: “Una de las condiciones previas del orden gubernamental es la previsibilidad legal, incluido el conocimiento de los procedimientos aplicables. Por tanto, la aplicación de la doctrina (*de la existencia de cuestiones no judiciales*) podría acarrear desorden, dado que... la indecisión judicial en un caso *bona fide* priva de ese conocimiento a los litigantes y a futuros actores. La Corte declina señalar cuál es el comportamiento que exigen los procedimientos jurídicos. La doctrina de la cuestión política, al negar a los actores gubernamentales respetuosos del derecho el conocimiento de las normas a las que se deben atener, socava la previsibilidad en los asuntos del Estado... En todo caso, resulta claro de lo anterior que *la doctrina fue concebida en base a la separación constitucional de poderes. En el caso actual, la doctrina fue utilizada por los tribunales de un gobierno democrático en la Argentina para justificar los actos de un gobierno de facto, siguiendo una práctica que comenzó tras la dictadura militar que gobernó ese país en 1930* (párrafos 52 y 53).

La Comisión también entendió que tal doctrina era asimismo violatoria de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana que garantizan el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente (párrafos 66 y 69), recordando asimismo que el artículo 46.2 de la Convención Americana también reconoce la necesidad de eficacia de los recursos judiciales, cuando recoge ciertos casos que justifican la no aplicación del requisito del agotamiento de los recursos internos (46.1.a), precisamente por la falta

de eficacia de estos últimos (párrafo 76). Un poco antes había señalado que: “Recurso efectivo significa recurso apto para amparar o tutelar los derechos violados. La ausencia de esta condición indispensable en el caso del peticionario se evidencia con la declaración del órgano judicial interviniente cuando expresa que ‘...no existe jurisdicción judicial respecto de las cuestiones articuladas en autos, y no corresponde decidir sobre las mismas’. Si no hay jurisdicción judicial y no corresponde decidir, entonces no hay amparo o tutela posible. Consecuentemente, no hay recurso judicial efectivo en los términos del artículo 25 de la Convención Americana” (párrafo 75).

BIDART CAMPOS, con posterioridad a su declaración a favor de la existencia de “zonas de reserva” escribió: “Cuando esta cuestión constitucional incorpora, directa o indirectamente, una materia relacionada con derechos personales (incluidos los que ahora el art. 43 apoda derechos de incidencia colectiva) hemos de sugerir que conforme al Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos) *han quedado abolidas como ‘no judiciales’ las famosas ‘cuestiones políticas’*. Mucho más ahora cuando este tratado tiene la misma jerarquía que la Constitución, según el art. 75 inc. 22. La eliminación de la categoría de cuestiones eximidas de judiciabilidad se hace suficientemente evidente en el caso de que estén comprometidos uno o más derechos de los recién aludidos. En efecto, los arts. 8 (1) y 25 (1 y 2) del Pacto prestan sobrada fundamento a lo que estamos diciendo”. Finalmente, y compartiendo la idea que expusimos en el punto 1 de este trabajo, en el sentido de utilizar una visión dinámica del Derecho, BIDART CAMPOS concluye diciendo: “Pongamos al día y en hora a nuestra administración de justicia. No echemos mano de cosas envejecidas y arcaicas, el reloj del derecho internacional de derechos humanos suena fuerte y no exculpa atrasos. Si algunas veces no bastó nuestra Constitución para erradicar la no justiciabilidad de las cuestiones políticas, este siglo XXI recién comenzado, debe reparar, con sano activismo judicial. Las abstenciones -inconstitucionales por cierto, entonces y con mayor razón ahora- consumadas por la omisión de debido juzgamiento de las cuestiones políticas en las que se alojan derechos humanos”¹⁰.

Nuestros tribunales también han recogido este concepto. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo

10 BIDART CAMPOS, Germán J., “El Pacto de San José de Costa Rica y las cuestiones políticas no judiciales”, Buenos Aires, L.L., 2002-D, pág. 1443.

y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, con los votos de los doctores DANIELE y RUSSO, dictó sentencia el 20 de mayo de 2004 en autos “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo” (Expte. 9659/0) en las que se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de las leyes 935 y 1086, que por razones económicas redujo el número de jueces, afectando a los que se encontraban en posesión ficta de sus cargos (art. 118 CCABA), por haber ganado los correspondientes concursos llevados a cabo de conformidad con la normativa vigente, habiéndose vencido el plazo de 60 días que fija la norma recién citada, restando únicamente el juramento de ley y el acta correspondiente.

La accionada petitionó el rechazo del amparo incoado, considerando que se pretendía un pronunciamiento sobre el acierto de una decisión del Poder Legislativo ajena al control jurisdiccional, que se relacionaría con un espacio propio y exclusivo de ese poder “*para cuyo ejercicio goza de amplia discrecionalidad funcional conforme a las razones del servicio*”. En primera instancia se rechazó la acción intentada. El fallo de Cámara declaró que: “Resulta un principio liminar de la república que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución nacional, no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28 CN). De tal disposición se ha afirmado que ello constituye ‘una amplia garantía constitucional derivada de la división de poderes, que implica controles entre todos ellos y fronteras para el ejercicio de atribuciones de cada uno de los órganos de poder’ y que ‘por interpretación analógica e interpretación extensiva, el art. 28 irradia hacia todas las disposiciones constitucionales... porque el principio que contiene es sustantivo en el sistema, es el principio de limitación, básico en el Estado de derecho’ (Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, Buenos Aires, La Ley 2002, 2da. Ed. p. 246 y ss.)”.

Más adelante recuerda el fallo que: “En la misma línea, el artículo 10 de la Constitución de la Ciudad dispone que sus normas ‘*se interpretan de buena fe*’ y que ‘los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

En síntesis, tanto el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la doctrina reciente y el fallo sintetizado en último término, permiten concluir que todo acto o norma emanados de cualquiera de los restantes poderes de gobierno serían revisables por el Poder Judicial en punto al control de legalidad y en resguardo de los derechos y garantías constitucionales, sin “zo-

nas de reserva” o “cuestiones políticas no judiciales” o “funciones privativas” etc., aun en el caso en que, en definitiva, luego se resuelva que por no afectar dichos derechos y garantías no existe un “caso” justiciable, es decir que los tribunales no son competentes para la cuestión traída a su conocimiento.

5. Para finalizar, el análisis teórico de la cuestión que tratamos, debemos resaltar que todos los temas mencionados en el título de este trabajo pertenecen al ámbito de la interpretación de la ley y que, a diferencia de las metodologías convencionales puestas en juego a partir de la sanción del código napoleónico, no es necesario invocar a “la ley” o a “la voluntad del legislador” como si se tratase de una fundamentación última, de naturaleza supraempírica, con nostalgias del iusnaturalismo antiguo. “¿Qué sucede con la interpretación jurídica -se interroga VATTIMO- en el horizonte de un pensamiento que se ha despedido de la metafísica fundamentadora? Puede pasar que la reflexión filosófica sobre el derecho se oriente a un trabajo de soporte analítico de la obra de los juristas. Tal vez sea éste, en definitiva, el sentido de la distinción entre la filosofía del derecho de los filósofos y la filosofía del derecho de los juristas”.

Se presentan, entonces, siempre según este autor, dos vías: una, la de la “filosofía del derecho de los juristas”, (v.gr. KELSEN, HART, DWORKIN, etc.) encaminada a servir de soporte analítico al trabajo de los estudiosos del derecho y que deja fuera de juego a la cuestión metafísica sin superarla, y la otra, la “filosofía del derecho de los filósofos” (v.gr. Benjamin, Derrida, Foucault, el mismo Vattimo, etc.). Esta última filosofía del derecho se presenta: “... sobre todo como toma de distancia y, por tanto, también como suspensión del asentimiento hacia todo lo que pretende presentarse como fundamento (absolutamente) válido, cuando es sólo ‘humano, demasiado humano’”.

Al respecto concluye VATTIMO: “El derecho -entendido como conjunto de códigos, leyes escritas, etc.- hace justicia sólo mediante actos interpretativos: las aplicaciones de las leyes que vienen dadas por los jueces, en diálogo con abogados, fiscales y expertos”.

Se trata, en suma, de un capítulo más de la antigua y renovada lucha por el poder, desde la pelea entre los dioses olímpicos y los titanes, y entre Zeus y el monstruo, etc.

6. Ahora bien, si analizamos el contenido actual de la Carta Magna veremos que éste no hace sino ampliar cada vez más el marco y, en consecuencia, la posibilidad de control de los actos de

los poderes del Estado. Es que los denominados “nuevo derechos” -recogidos a la luz del fin del milenio-, requieren una mayor participación de los poderes del Estado, poniendo en cabeza de éstos la realización de políticas que faciliten el efectivo alcance de los derechos allí garantizados, por los poderes estatales; el Poder Legislativo en su función de hacedor de las reglas que deben regir el desarrollo y convivencia de la sociedad, como el Ejecutivo en su función de planificador y ejecutor de las políticas acorde a ello, llevan adelante actos que no pueden quedar fuera del control de legalidad que la Constitución impone al Poder Judicial, y su omisión por parte de éste último conlleva inevitablemente a la vulneración de la Constitución, por defecto del cumplimiento de su rol de garante de la Carta Magna.

A fin de ampliar la fundamentación de nuestra tesis, conviene agregar la siguiente cita jurisprudencial ¹¹.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario local al pronunciarse sobre la improcedencia del revalúo impositivo retroactivo de bienes por parte de la Administración sostuvo que “La razón de ser de la separación de poderes es el logro de un ejercicio equilibrado y recíprocamente controlado del gobierno, evitando desbordes autoritarios de cualquiera de ellos (sistema de checks and balances según la doctrina estadounidense). En consecuencia, corresponde a los jueces conocer y decidir en los casos sometidos a su jurisdicción de acuerdo al derecho vigente, siendo garantes, particularmente, del funcionamiento acorde con la Constitución Nacional de los poderes públicos constituidos en el marco de un Estado de Derecho” (*in re* “Rossini Ángel Alberto c/GCBA s/Amparo (Art. 14 CCABA)”, Expte: 13189/0, sentencia del 08/08/2005).

La ciudad de Buenos ha dictado para sí una Constitución con un alto grado de protección y garantía de derechos de diverso tipo entre los que se pueden mencionar, además de todos los derechos y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los Tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen (art.10), asistencia a las personas con necesidades insatisfechas (art. 17), el derecho a la salud integral (art. 20), los derechos reproductivos y sexuales (art. 37), el derecho a la plena integración, a la informa-

¹¹ Motivos de extensión nos obligan a efectuar una apretada síntesis de la jurisprudencia recogida en relación a la temática elegida en esta oportunidad, por lo que hemos optado por citar exclusivamente fallos de la CSJN y -atento el ámbito de publicación de este trabajo- de los Tribunales locales.

ción y a la equiparación de oportunidades de las personas con necesidades especiales (art. 42).

Este tipo de legislación que impone a los poderes del Estado la práctica de políticas efectivas a fin de garantizar acabadamente esos derechos, ha llevado en los últimos años a la intervención directa del Poder Judicial local, en su función de contralor de la legitimidad de los actos de gobierno y, en su caso, de la verificación de la comisión por omisión de la violación de esos derechos. En los últimos años la Administración -sin advertir a la dinámica del fenómeno jurídico y, en consecuencia, la ampliación del ámbito en el que le corresponde cumplir sus obligaciones-, ha esgrimido como defensa ante los intentos de llevar adelante ese contralor que se trata de la *“injustificada interferencia del Poder Judicial en las esferas que son resorte propio de la administración”*.

El mismo Tribunal sostuvo que la actuación del juez de primera instancia que se limitó a disponer una medida cautelar en una causa de su competencia (art. 2, CCAyT) y a pedido de la parte actora, habiendo examinado el cumplimiento de los requisitos legales para su procedencia (arts. 177 y cctes., CCAyT), se enmarcó *“estrictamente en el ejercicio de las potestades atribuidas al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, esto es, conocer y decidir en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución de la Ciudad, los convenios que ésta celebre, los códigos de fondo y las leyes y demás normas nacionales y locales (art. 106 CCABA) y, en particular, el control de legalidad de la actuación -u omisión- administrativa, que compete al Poder Judicial en el marco de la forma republicana de gobierno, adoptada por Ciudad de Buenos Aires en el art. 1 CCABA”*. Y recogió allí los términos de la sentencia de primera instancia, mediante los cuales el juez dejó expresamente a salvo su decisión al señalar que *“...en la presente causa se trata de evaluar si prima facie existen elementos que permitan vislumbrar un posible cumplimiento irregular de la provisión de medicamentos esenciales para la salud de la población epiléptica, sin que ello implique decidir el modo en que la administración deberá atender a dicho cometido, en virtud de la evaluación que ella efectúe acerca de las circunstancias témporo-espaciales que inciden en la organización estatal”* (*in re* “Alicia Olivera-Defensora del Pueblo de la Ciudad de Bs. As. C/GIBA s/Otros Procesos Incidentales”, Expte.: 5399/1, sentencia del 27/02/03).

Sin embargo, la Administración usualmente ha pretendido reservar para sí el análisis de la oportunidad, mérito y conveniencia del dictado de los actos administrativos.

Ahora bien, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones adoptadas por los poderes políticos, no son puntos sobre los que el Poder Judicial pueda pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (CSJN, *in re* “Paz, Carlos Omar c/Estado Nacional” sentencia del 9/8/01)¹².

En ese sentido debe recordarse que para el Máximo Tribunal la legitimidad -constituída por la legalidad y la razonabilidad- es el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y permite a los jueces verificar su cumplimiento, sin que ello implique la violación del principio de división de poderes que consagra la Constitución Nacional (conf. CSJN, del voto de los doctores NAZARENO, MOLINÉ O’CONNOR, LÓPEZ y VÁZQUEZ, en autos “Cedale, Eduardo A. y otros c. Estado Nacional”, LL, 1999 D, 147).

E igualmente, respecto del control judicial de los actos de los otros poderes ha declarado que “Es incuestionable la facultad de los tribunales de revisar los actos de los otros poderes -nacionales o locales- limitada a los casos en que se requiere ineludiblemente su ejercicio para la decisión de los juicios regularmente seguidos ante ellos” (*Fallos*, 320:2851)¹³.

En el ámbito local, el Tribunal Superior de Justicia la Ciudad de Buenos Aires precisó: “Aun cuando se trate de actos ejecutados por otro poder en ejercicio de sus facultades privativas, la irrevisabilidad judicial no puede ser la regla, sino la excepción.

12 Sin embargo, estamos -a esta altura- en condiciones de sostener junto con GORDILLO, y a efectos de demostrar nuestra tesis, que “El control de las facultades regladas de la administración supone revisar si ellas se ejercieron en los casos y condiciones de hecho previstos por el orden jurídico: el control de los hechos lo efectúa indudablemente el Poder Judicial. En las facultades discrecionales igual se debe hacer el control de razonabilidad”. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado*, 8ª edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006, VIII-24. En ese sentido, el fallo citado resulta un avance respecto de la posición que el Tribunal Cimero tuvo en “Consejo de Presidencia de la Delegación de Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/Acción de Amparo” del 23 de junio de 1992.

13 Respecto del alcance que debe darse a “los casos en que se requiere ineludiblemente su ejercicio para la decisión de los juicios regularmente seguidos ante ellos”, entendemos que éste queda precisado con la afirmación de GORDILLO, de que “todos los actos del Poder Ejecutivo están sujetos a revisión judicial en virtud de los artículos 18 y 116 de la Constitución Nacional y de hecho los tribunales ejercen su jurisdicción sobre ellos” (GORDILLO, Agustín, ob. cit., VII-38).

Sostener que se está en presencia de una cuestión no justiciable supone la carga de demostrar cuáles son los términos de la norma cuya determinación queda librada por la Constitución a la discrecionalidad política y, por ende, exenta de la revisión judicial. (...) Son revisables judicialmente los actos relacionados con funciones privativas de otros poderes, *en la medida en que el control se limite a verificar si dicho ejercicio se efectuó regularmente, es decir, en cumplimiento de los requisitos establecidos por la Constitución*. No puede hablarse con propiedad de supremacía de la Constitución, si quien está encargado de controlar la legitimidad constitucional de los actos es el propio poder que los emite” (causa SAO 50/99 “Partido Justicialista y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires-Legislatura”. El resaltado no corresponde al original).

De la atenta lectura de esta breve reseña jurisprudencial, puede concluirse que en la actualidad no deben quedar actos del Poder Ejecutivo fuera del control de legalidad por parte de los Tribunales ¹⁴.

La jurisprudencia ha ido precisando cada vez más el alcance del control que le cabe al Poder Judicial sobre los actos dictados por el Poder Ejecutivo¹⁵. Y no consideramos un exceso afirmar que ni siquiera su oportunidad, mérito y conveniencia quedan exentos de ese control.

Es que la razonabilidad de un acto del Ejecutivo requiere analizar si la oportunidad del dictado de ese acto, su contenido y extensión, su finalidad, etc. importan un exceso por parte del poder que lo ha dictado en relación a los límites constitucionales; como así también para determinar -en caso de ausencia de un acto del

14 “No hay superioridad constitucional alguna del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo y el Poder Judicial para que los actos discrecionales del parlamento, esto es, las leyes del Congreso de la Nación, puedan ser controladas judicialmente, pero no pueda serlo un acto meramente emanado del Poder Ejecutivo”. (GORDILLO, Agustín, ob. cit., VIII-26).

15 En “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/Estado Nacional-Dirección General Impositiva s/ repetición D.G.I.”, donde se cuestionó la constitucionalidad del art. 27 de la ley 23.905, que dispuso su extensión hasta el 31 de diciembre de 1991, por entender -la actora- que a su respecto se habían transgredido las disposiciones de la Carta Magna relativas a la formación y sanción de las leyes, sostuvo el Máximo Tribunal de la Nación que “Es indudable entonces que ha mediado una manifiesta inobservancia de los aludidos requisitos mínimos e indispensables para la creación de la ley, ya que al no haber sido aprobado el proyecto por ambas cámaras, no pudo ser pasado al Poder Ejecutivo para su examen y promulgación (confr. art. 69 de la Constitución Nacional, texto 1853-1860, y art. 78 del texto posterior a la reforma de 1994)” (sentencia del 15 de diciembre de 1998).

Poder Ejecutivo- si se trata de una omisión a un deber de igual rango. Y, como ya se ha dicho, el tamiz de los límites constitucionales -desde la reforma de 1994- incluye también un análisis más profundo: el marco de la revisión judicial resulta tanto más amplio como el contenido del Derecho Constitucional.

¿Cómo afirmar, entonces, que algún acto del Poder Ejecutivo, pueda quedar fuera del control judicial?

Para concluir, estamos en condiciones de afirmar, por un lado - y como ya se dijo-, que a partir de la reforma de 1994, no pueden quedar dudas respecto de la respuesta sobre la inexistencia de esa posibilidad y, por el otro que -con el objeto de establecer el límite del control judicial respecto de los actos del Poder Ejecutivo- resulta más apropiado precisar el concepto de legitimidad -otrora definido por la Corte como la suma de la razonabilidad y la legalidad- como un juicio de valor. Juicio que *a priori* tiene un contenido ético-jurídico, cuya ausencia descalificaría constitucionalmente al propio control judicial.