

EL FALLO “FREYRE”¹ Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL CÓDIGO CIVIL POR PARTE DE LOS JUECES LOCALES

Darío Edgardo REYNOSO

I. Introducción

A fines del año 2009, la Dra. Gabriela SEIJAS, jueza de primera instancia del Fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, declaró, en una acción de amparo (art. 14 CCABA) iniciada por una pareja de hombres contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto poder celebrar un matrimonio entre ellos, la inconstitucionalidad de los arts. 172 y 188 del Cód. Civil y ordenó a las autoridades del Registro Civil y Capacidad de las Personas que se les otorgara fecha para la celebración

Tal decisión tuvo una inmediata y amplia repercusión pública, tanto a nivel mediático, como político y jurídico.

A nivel mediático, se le dio amplio tratamiento, claro está, como suele ocurrir comúnmente con coberturas que iban desde el amarillismo sensacionalista hasta un análisis más serio y medurado de la noticia.

A nivel político, porque escasos días antes había fracasado el tratamiento de sendos proyectos de ley sobre matrimonio homosexual en la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación impulsados por varios legisladores², con el apoyo de ONGs de gays y lesbianas y del INADI, debido a la ausencia de al-

1 Sentencia en autos “Freyre Alejandro c/CGBA-sobre amparo” (expte. n° 34.292/09) Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10 de noviembre del 2009.

2 Proyecto de ley de los Diputados AUGSBURGER, Silvia - RODRÍGUEZ, Marcela Virginia - CORTINA, Roy - BISUTTI, Delia Beatriz - LOZANO, Claudio - SESMA, Laura Judith - BONASSO, Miguel Luis - CARLOTTO, Remo Gerardo - MORANDINI, Norma Elena - ARETA, María Josefa - GORBACZ, Leonardo Ariel - RICO, María del Carmen - BARRIOS, Miguel Ángel, expediente N° 1736-D-09, con trámite parlamentario 029 (16/04/2009); proyecto de modificación del Código Civil de los Diputados IBARRA, Vilma Lidia - BASTEIRO, Sergio Ariel, N° de expediente 1854-D-2008, con trámite parlamentario 034 (29/04/2008).

gunos legisladores oficialistas quienes en *off* aducían que si bien estaban de acuerdo con la sanción del proyecto de ley no consideraban propicio el momento para su tratamiento por la inminente visita de la Sra. Presidenta al Vaticano para entrevistarse con el Papa. Pero más allá de ello, la arista política más fuerte pasaba por el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que como máxima autoridad gubernativa de la Administración demandada debía decidir si consentía o apelaba el fallo. Como se sabe, el Jefe de Gobierno Mauricio MACRI decidió no apelar la sentencia.

A nivel jurídico, la discusión se suscitó en dos planos bien diferenciados. Por un lado, si es posible que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y si ello puede ser decidido por una jueza por medio del control de constitucionalidad de una norma del Código Civil y, por el otro, si la jueza contencioso administrativa era competente para efectuar tal control difuso de constitucionalidad.

En este último nivel jurídico y más específicamente en el plano de la competencia o incompetencia de un juez contencioso administrativo local de la Ciudad de Buenos Aires para decretar la inconstitucionalidad de sendos artículos de un código de fondo, es por donde transitará este trabajo.

Para ello, se analizará a grandes rasgos los principios del control de constitucionalidad por parte de los jueces tanto a nivel nacional como local, los antecedentes constitucionales, legales y jurisprudenciales que autorizan ese control y las normas sobre competencia en el caso concreto. A su vez, se hará una somera mención y análisis de los fallos de la Justicia civil que, tanto en primera como en segunda instancia, decidieron suspender de manera insólita -a mi entender- los efectos de una sentencia que se encontraba firme a través del dictado de medidas cautelares presentadas por abogados que no habían sido parte en el expediente que tramitó ante la Justicia contencioso administrativa local.

II. Control de constitucionalidad en Argentina ¿difuso o mixto?

Sabido es que nuestro sistema de control de constitucionalidad fue tomado casi literalmente del modelo norteamericano y que sus primeros rastros los encontramos en el fallo “Cafarena c/Banco Ar-

gentino del Rosario de Santa Fe”³, donde la CSJN estableció que “Está en la esencia del orden constitucional, que los Tribunales tengan, no sólo la facultad, sino la obligación de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución Nacional en todo caso, y los de las respectivas Constituciones de Provincia en los que corresponda, a los preceptos de las leyes ordinarias[...] siendo la Constitución la ley suprema, de la cual deriva sus facultades el Poder Legislativo, como los demás Poderes, y a la cual están todos subordinados en su acción”.

Sin embargo, su incorporación formal tuvo lugar con motivo del caso “Sojo”⁴ donde la CSJN repitió casi fielmente lo que la Corte de EE.UU. había dicho en “Marbury v. Madison”⁵ aunque, como advierte BIANCHI⁶, entre ambas decisiones existe una diferencia de fondo importante, ya que en el caso norteamericano hubo control de constitucionalidad y en el nuestro no.

Un año después la Corte ratificó los principios que había sentado y en “Municipalidad de la Capital c/Elortondo”⁷ dijo que “es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posi-

3 *Fallos*, 10:427 (1871).

4 *Fallos*, 32:120 (1887).

5 Este fallo se funda en un sencillo razonamiento -conocido como “el silogismo de Marshall”-: cuando en un pleito se presenta un conflicto o contradicción entre dos normas de distinto rango, esto es, si la norma inferior es contradictoria de la norma superior, el juez, en el acto de dictar sentencia, puede hacer dos cosas: aplicar directamente la norma inferior o desechar ésta y aplicar la superior. Si hace lo primero, la afirmación de la supremacía constitucional sería hueca y sin contenido; por tanto, para preservar dicha supremacía debe abstenerse de aplicar la norma inferior (EKMEDJIAN, Miguel, *Manual de la Constitución Argentina*, 3ª. edición, Depalma, p. 45).

6 BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, T. 1, Ábaco, 2ª. ed., p. 136, 2002.

7 *Fallos*, 33:194 (1888).

bles e involuntarios de los poderes públicos. Tal atribución, que es, por otra parte, un derivativo forzoso de la separación de poderes constituyente y legislativo ordinario que hace la Constitución, y de la naturaleza esencialmente subordinada de este último, se halla especialmente consagrada por las leyes del 16 de octubre de 1862 y 14 de septiembre de 1863”.

A partir de allí y hasta nuestros días el control de constitucionalidad en la Argentina ha ido evolucionando y estableciendo características modélicas bien conocidas por todos: control constitucional difuso, judicial, reparador, con efectos *inter partes*.

Ahora bien, sin que nuestro sistema de control de constitucionalidad haya dejado de lado estas notas distintivas, cierto es también que en los últimos años ha ido consolidándose un control oficioso de constitucionalidad⁸ en donde los jueces ejercen una función similar a la del Tribunal Constitucional del sistema concentrado, pues muchas veces prescinden del interés particular y efectúan una operación lógica entre la norma aplicable al caso y otra de rango federal.

Ello así, no resulta aventurado afirmar que cada vez que la Corte, los Tribunales Federales y los Tribunales Provinciales que no tienen prevista tal facultad⁹, controlan de oficio una norma, rompen con el sistema de control de constitucionalidad difuso y se trasladan hacia las características de un sistema de tipo concentrado¹⁰.

Como dice CARNOTA el control de constitucionalidad argentino, sin abandonar su impronta difusa sempiterna, también se encamina hacia la concentración y abstracción, sobre todo en punto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, localizado en la Corte Suprema de Justicia. De ese modo, sin reforma

8 Para el estudio de la evolución del control de constitucionalidad de oficio ver la obra de Patricio MARANIELLO *Declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Librería del Jurista, 2008, en donde se desarrolla la evolución jurisprudencial, la posición de la doctrina, la comparación de los sistemas provinciales y los diversos proyectos de ley.

9 No tienen prevista dicha facultad, pero tampoco la tienen prohibida, más aun considerando las atribuciones irrogadas al Poder Judicial mediante el Art. 116 de la Constitución Nacional.

10 Conclusión que no se ve desdibujada a pesar del posterior retroceso o recorte en la posibilidad de decretar de oficio la inconstitucionalidad de una norma a partir de los fallos “Gómez” del año 2006 (*Fallos*, 329-5903) y “Strangio” del año 2009 (12/05/2009).

constitucional expresa (como México en 1994), se advierte una cara “difusa” y otra “concentrada”, lo que él llama una mixtura ¹¹.

III. El “status” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su Justicia

El sistema federal de la República Argentina, adoptado en el artículo 1º de la Constitución, determina la coexistencia de Administraciones nacional y provinciales.

Como todos sabemos, con la reforma de 1994, la Constitución Nacional asignó en el nuevo artículo 129 carácter autónomo a la Ciudad de Buenos Aires, con facultades de legislación y jurisdicción, y previó que una ley garantizaría los intereses del Estado nacional mientras la Ciudad fuese la capital de la Nación.

A su vez, los actos de las autoridades locales pueden generar casos o controversias que por regla general están alcanzados por la calificación de causas de Derecho Público local y, por lo tanto, sujetas a la reglamentación y al Poder Judicial local.

Partiendo de una clara expresión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es importante destacar que “las facultades jurisdiccionales de las provincias son inherentes al concepto jurídico de autonomía” (“Castillo, Ángel Santos c/Cerámica Alberdi S.A.”, 7/09/2004, *Fallos*, 327: 3610). Igual criterio se impone respecto a la Ciudad de Buenos Aires debido a su condición de autónoma, reconocida por el artículo 129 de la CN más arriba reseñado.

Asimismo, el artículo 75, inciso 30, de la CN establece que el Congreso dicta una “*legislación exclusiva*” sobre el territorio local.

La cláusula transitoria séptima aclara que semejantes atribuciones legislativas las ejerce sobre la Ciudad de Buenos Aires en tanto sea capital de la Nación, y siempre que las conserve con arreglo al comentado artículo 129, esto es, para garantizar los intereses nacionales sobre los establecimientos de utilidad nacional. El mismo artículo establece que las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

11 CARNOTA, Walter F., “La mixtura del control de constitucionalidad argentino”, <http://multimedia.opovo.com.br/revista/walter-f-canota.pdf>, “La nueva fisonomía del control de constitucionalidad argentino”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, www.iidpc.org/revistas/6/pdf/161_171.pdf.

Como dijimos, el artículo 129 establece que una ley garantizará los intereses del Estado Nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la república.

En ese sentido, la ley 24.588, denominada “*ley Cafiero*” o “*ley de garantías*”, fue sancionada por el Congreso de la Nación y publicada el 30 de noviembre de 1995. En ella se estableció, en lo que aquí interesa, que “la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires” (art. 2°); que el Estado Nacional y la Ciudad de Buenos Aires celebrarán convenios relativos a la transferencia de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes (art. 6) y que la “justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires, mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Ciudad. La Ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso administrativa y tributarias locales” (art. 8).

Por su parte, la Constitución de la Ciudad asigna al Poder Judicial local el conocimiento y decisión de todas las causas regidas por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales (art. 106), y, si bien, en la cláusula transitoria segunda se establece que “las disposiciones (...) que no puedan entrar en vigor en razón de las limitaciones de hecho impuestas por la ley 24.588 no tendrán aplicación hasta que una reforma legislativa o los tribunales competentes habiliten su vigencia (...)”, tales limitaciones no pueden extenderse más allá del interés federal. En efecto, para que la ley 24.588 implique un límite válido a la autonomía jurisdiccional de la Ciudad debe estar en juego materia que comprometa un interés federal.

Recientemente el Tribunal Superior de Justicia ¹² en una sentencia dictada el 27 de agosto de 2009, referida al juzgamiento de delitos creados con posterioridad a la ley 24.588 (desarme y venta de autopartes), recordó “la regla general según la cual asisten a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como propias, todas las facultades no delegadas a la Nación en el texto de la Constitución Nacional, ni retenidas o conservadas por el gobierno federal” (voto de los Dres.

12 Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, Expte. n° 6397/09 “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Incidente de incompetencia en autos ‘NN s/ inf. art. 00 —presunta comisión de un delito—”

Ana María CONDE, Luis Francisco LOZANO y José Osvaldo CASÁS). Invertir los factores derivados de esa regla constitucional, para reconocerle a la Ciudad de Buenos Aires únicamente los poderes expresamente delegados por la Nación, implica subvertir el régimen de gobierno impuesto por el artículo 5 de la Constitución Nacional. Allí el constituyente dispuso que los Estados federados “dictarán para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional”. A su turno, así lo hizo la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por lo demás, si bien pudo sostenerse en alguna oportunidad que los poderes del gobierno central habían sido delegados por las provincias por ser éstas históricamente preexistentes a la organización nacional, tal criterio puramente cronológico es insostenible por el hecho cierto de que existen nueve Estados provinciales que adquirieron dicho estatus en forma posterior a la sanción de la Constitución de 1853/60.

Con ello, abandonado el criterio puramente cronológico, es claro que los Estados miembros de la Nación se encuentran en situación de igualdad, con equivalente representación en la instancia federal del Senado y con la única restricción que puede derivarse, para la Ciudad de Buenos Aires, de ser, a su vez, asiento del Gobierno Nacional y de los poderes federales.

Y en un considerando que resulta contundente, los jueces del Superior Tribunal antes mencionados han afirmado que “desde una concepción de Estado basada en el principio de soberanía popular y en la forma republicana de gobierno, los estados locales delegantes no concurren a esa delegación con poderes reconocidos como propios en sentido estricto, sino como resultantes de un aporte de los individuos a quienes representan. Desde esta perspectiva, no caben dudas acerca de que el ‘pueblo’ -cuya soberanía constituye uno de los principios fundamentales de la CN y base de los poderes que ejercen las autoridades que establece- es tanto el que reside en las Provincias, como el que lo hace en la Ciudad de Buenos Aires. Negar facultades propias de los estados locales a esta Ciudad importa negar la igualdad entre pares; esa igualdad que exige reconocer iguales gobiernos para personas iguales y con idénticos derechos a los de sus vecinos”¹³.

13 TSJ, fallo citado.

Como dice GIL DOMÍNGUEZ ¹⁴ si esto no fuera así, sus habitantes por el solo hecho de vivir en el territorio autónomo, no tendrían los mismos derechos fundamentales ni podrían acceder a similares procedimientos deliberativos e institucionales que los que gozan los habitantes de las provincias, lo cual generaría una situación de discriminación política injustificable en términos constitucionales, además de que a esta altura de los tiempos históricos, discutir el estatus de la Ciudad de Buenos Aires, es una cuestión bizantina; no sólo por las facultades que la propia Constitución le reconoce en igualdad de condiciones con las provincias (donde se destaca primordialmente la representación senatorial) sino porque debido a su importancia política, económica, social y cultural forma parte de la fisiología de la República Argentina.

Ahora bien, en la actualidad y producto de la “*Ley Cafiero*” antes mencionada, en la Ciudad de Buenos Aires existen tres niveles jurisdiccionales: a) el federal que aplica el Derecho federal, b) el nacional, que supuestamente es federal pero aplica el Derecho común, y está afuera de la actividad casatoria del Tribunal Superior de Justicia local y, aunque resuelve casos donde se ventilan derechos de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires, no aplica leyes sancionadas por la Legislatura local, ni se somete a la Constitución local y c) el de la Ciudad de Buenos Aires, conformado en la actualidad por los fueros Penal, Contravencional y de Faltas y Contencioso Administrativo y Tributario, que aplica el Derecho local y el Derecho común.

Como sostenía Germán J. BIDART CAMPOS ¹⁵, no concurre razón alguna para que en la Ciudad de Buenos Aires subsistan los llamados tribunales nacionales federales que retengan la materia de derecho común, por cuanto, como principio dicha materia evade la jurisdicción de los tribunales federales, solamente subsiste la jurisdicción federal en la Ciudad de Buenos Aires cuando hay que garantizar en ella los intereses del Estado federal mientras sea la capital federal y no existe ningún interés federal que quede comprometido si las cuestiones de Derecho común son juzgadas en la Ciudad de Buenos Aires por tribunales locales.

14 GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Competencia contencioso administrativa y control de constitucionalidad”, LLCABA, diciembre 2009, 611.

15 BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Tomo II-B, pág. 433, Ediar, Buenos Aires, 2005.

La situación descripta no sólo viola la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires establecida como una garantía institucional, sino también conculca el derecho a la no discriminación vinculado a la tutela judicial efectiva de todos sus habitantes.

IV. La competencia “contenciosa administrativa local” en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Resulta posible afirmar que la Justicia contenciosa administrativa es aquella que actúa en los casos que se plantean relaciones verticales entre las personas y el Estado y que la Justicia civil es aquella que actúa en las controversias que se suscitan en las relaciones horizontales entre particulares.

Sin embargo, tal afirmación requiere precisar qué es materia contencioso administrativa, tal como ha sido establecido en la legislación vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es oportuno recordar que mucho antes de la reforma constitucional, el artículo 97 de la ley 19.987 establecía que “Todas las causas originadas por la actividad de la Municipalidad, que se manifieste por actos de contenido general, tanto en el ámbito del derecho público como del privado, o individual, o por hechos, se substanciarán por vía de acción...ante los juzgados nacionales de primera instancia en lo Civil...”.

A tal norma se agregaba el artículo 43 del decreto ley 1285/58 ratificado por la ley 14.467 sobre Organización de los Tribunales Nacionales (texto según ley 23.637), que al mencionar las cuestiones atinentes a los juzgados nacionales de primera instancia en lo civil, en su artículo 43, inciso a, incluía a todas “...en las que sea parte la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, excepto en las de naturaleza penal”.

Como adelantamos, en orden a la jurisdicción de los tribunales locales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires dispone en su artículo 106 asignar a su Poder Judicial “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales...”.

Por la disposición transitoria duodécima se facultó al jefe de Gobierno de la Ciudad a constituir los fueros Contencioso Administrativo y Tributario, Contravencional y de Faltas, mientras que la cláusula decimotercera del mismo capítulo autorizó al gobierno local a

convenir con el federal la transferencia de los jueces nacionales de los fueros ordinarios, “*conservando su inamovilidad y jerarquía*”, cuando se disponga que la competencia sea asumida por los jueces locales.

Por otro lado, según la ley 189 “Se rigen por el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, los juicios, recursos y ejecuciones de sentencia que se inicien al día siguiente de su publicación, y también los juicios, recursos y ejecuciones de sentencias iniciados con anterioridad, que se encuentren radicados transitoriamente en tribunales del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires” (art. 5°).

Asimismo el artículo 1° del CCAyT prevé que “se considerarán autoridades administrativas de la Ciudad de Buenos Aires la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejercen potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad”; y en su artículo 2° que: “Son causas contencioso administrativas a los efectos de este Código, todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamentación u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contencioso administrativa es de orden público”.

Ello importa una clara definición del contencioso administrativo a partir de la participación de la Administración Pública centralizada o descentralizada en el litigio, o de los otros poderes del Estado, en carácter de actor o demandado, con total prescindencia del contenido jurídico de la demanda o la aplicación de normas de Derecho público o privado para resolver la controversia de fondo en razón de la persona estatal que interviene (en este caso las autoridades administrativas mencionadas en los arts. 1 y 2 del CCAyT) en claro seguimiento de la posición doctrinaria de FIORINI¹⁶.

Sin embargo, las diversas Salas de la Cámara Civil en numerosos pronunciamientos han optado -mediante remisiones al Fiscal- por un criterio *ratione materiae* para determinar la competencia y señalaron que para ello debía estarse al contenido jurídico de la demanda y al derecho -*prima facie*- aplicable al caso y han decidido

16 FIORINI, Bartolomé, *Qué es el contencioso*, Abeledo-Perrot, 1965, p. 109 y ss.

que no modifica la suerte de la pretensión, el hecho de que uno de los codemandados sea una entidad dependiente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, ya que esa calidad, no ha de influir en los derechos, deberes e imputaciones de responsabilidad de las partes en litigio.

En general, consideran que lo contrario implicaría una extralimitación de la jurisdicción contencioso administrativa, invocan la ley 24.588, y reiteran la negativa que de esa norma extraen para atribuir competencia a los tribunales contenciosos locales en demandas fundadas en normas del Código Civil -daños y perjuicios por mala praxis, responsabilidad por daños, ejecución de alquileres, expensas, etc.- en los que sea actor o demandado el GCBA, las que sin mayores explicaciones consideran de naturaleza civil.

V. Nuestra opinión

A esta altura podemos afirmar que el control de constitucionalidad es la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a -o en contra de- la legislación del Parlamento. Su base lógica es el concepto de contradicción, y la declaración de inconstitucionalidad de una ley implica que ésta contradice, al menos, una norma de la Constitución ¹⁷.

Por su parte, no podemos obviar que ha sido superado el modelo del juez como mero intérprete del legislador, en el que a través de una actividad parlamentaria cerrada, completa y autosuficiente se podían encontrar todas las respuestas. Hoy en día, los desafíos y la complejidad que presenta el siglo XXI trajeron la aparición de otro modelo que Norberto BOBBIO mencionó como la era de los jueces, en la que éstos deben decodificar una serie de significados variados, oriundos de una diversidad de fuentes (“bloque de constitucionalidad”: Constitución, Tratados internacionales de Derechos Humanos) produciendo incluso una tensión en la división de poderes ¹⁸.

A su vez, en el paradigma constitucional argentino, uno de sus presupuestos más elementales y básicos es que el control de cons-

17 ALEXY, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, *La Ley*, 2008-F-785.

18 CARNOTA, Walter F., “Definiciones sobre el activismo de los jueces”, *La Ley*, Suplemento Act., 16/08/2007, *Derecho Constitucional- Doctrinas Esenciales* 01/01/2008.

titucionalidad difuso habilita a cualquier magistrado a que en un caso concreto realice dicho control en lo que hace a las normas aplicables. Al respecto la Corte Suprema ha sostenido que los jueces de todos los fueros e instancias se encuentran habilitados para ejercer el control de constitucionalidad ¹⁹, siempre que exista un “caso” o “causa” contencioso ²⁰, es decir aquellos en los que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas (art. 2º, ley 27), requisito indispensable para que el Poder Judicial ejerza su jurisdicción ²¹.

En ese marco, vale señalar que los jueces contenciosos administrativos de la Ciudad aplican cotidianamente el código civil en su labor jurisdiccional cuando resuelven casos de responsabilidad estatal, cuando aplican el régimen de las obligaciones al Estado, cuando deciden causas de contratos administrativos en general, cuando aplican los derechos reales a la actuación estatal, cuando zanján planteos de inconstitucionalidad respecto de la mayoría de edad a los efectos de la personería para estar en juicio, etc.

Es más, cualquier juez municipal de Justicia de vecindad o de menor cuantía, aplica el Código Civil cuando tiene que resolver, por ejemplo, un caso donde se plantea una cuestión de medianería.

Como tal, si aplican estas normas del Código Civil también pueden declararlas inconstitucionales, a pedido de parte, o de oficio, facultad esta última que en los procesos constitucionales de amparo se les encuentra expresamente reconocida por el art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ²², amén de la evolución jurisprudencial de la CSJN a la que en el punto anterior se hizo referencia.

De tal manera, en el caso “Freyre” en el que los actores perseguían impugnar el acto administrativo denegatorio de un turno para casarse entre ellos emanado del Registro Civil que forma parte de la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, basada esta denegatoria en lo normado en los arts. 172 y 188 del Código Civil cuya declaración de inconstitucionalidad se solicitaba también en el amparo, resulta clara -a mi entender- la competencia

19 Fallos, 312: 2494; 314:3139.

20 Fallos, 307:1379; 322:678; 324:2048.

21 Fallos, 324:2315; 326:4019.

22 Art. 14, CCABA, “Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva”.

del juez contencioso administrativo de la Ciudad para decidir el caso y, a su vez, declarar la inconstitucionalidad -o no- de tales normas.

A esta altura no pueden quedar dudas de que quien controla a la Administración local es el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, quien se encuentra facultado a revisar la interpretación y validez de las normas que la Administración aplicó, normas que no necesariamente son locales, sino que pueden ser “comunes” y sancionadas por el Congreso de la Nación.

En efecto, no existía una típica controversia suscitada en una relación entre particulares (típica causa civil) sino una relación de tipo vertical entre el Estado local (por medio de una de las autoridades administrativas mencionadas en los arts. 1 y 2 del CCAyT²³) y dos vecinos de la Ciudad que pretendían contraer matrimonio, situación que enmarca en la definición de causa contencioso administrativa acuñada por FIORINI y adoptada por el legislador local²⁴ en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, norma que se aplica como supletoria en los juicios de amparo regulados conforme el art. 28 de la ley 2145²⁵.

Así las cosas, la competencia de la jueza SELJAS para intervenir en el caso no escapa al ámbito de lo establecido por la “ley Cafiero” y la ley 189 (CCAyT), porque aun en el hipotético supuesto de que la Justicia civil estuviera en la esfera de la Ciudad de Buenos Aires, el fuero competente para resolver la cuestión hubiera sido el Contencioso Administrativo y Tributario local.

Sostener que sólo un juez nacional puede controlar la validez de la normativa “común” (códigos de fondo) dejaría sin control de constitucionalidad al 90% del Derecho en las provincias, donde hay le-

23 Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ley 189.

24 FIORINI, ob. cit. p. 109, ídem, *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, comentado y concordado*, VV.AA., Carlos BALBÍN (Director), LexisNexis, 2003, pp. 9-13; íd. *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires*, DE GIOVANNI, Julio, Ciudad Argentina, 1999, p. 9-13; íd. MARANIELLO, Patricio, *Código Contencioso Administrativo y Tributario, comentado, anotado y concordado*, Grun Editora, Buenos Aires, 1999, p. 37, en el que dicho autor menciona que “hoy nos encontramos con una competencia contencioso-administrativa en la Ciudad de Buenos Aires amplia, donde la competencia ya no está dada por la materia sino en la persona, ahorrando discusiones interminables sobre dicha cuestión”.

25 Ley de Amparo vigente en la Ciudad de Buenos Aires.

gislación nacional aplicada por tribunales locales, conclusión que no resulta acertada, ni tampoco ajustada a derecho.

Llegado a este punto, no podré obviar una crítica de las resoluciones de la Justicia Nacional en lo Civil que suspendieron la ejecución de la sentencia definitiva firme dictada por la jueza Seijas del Fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad.

Tales resoluciones fueron dictadas por la Jueza Nacional en lo Civil con competencia en Derecho de Familia, Dra. Martha GÓMEZ ALSINA y por la “Sala E” de la Cámara Nacional en lo Civil -ambas el 30 de noviembre de 2009- ordenando suspender en forma provisoria la celebración el matrimonio de Alejandro FREYRE y José María DI BELLO.

La dictada por la Dra. GÓMEZ ALSINA fue en el marco de una acción donde se plantea “la nulidad del pronunciamiento del amparo tramitado en sede Contenciosa Administrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires que se califica como cosa juzgada ‘irrita’, proceso que consiste en una acción autónoma declarativa invalidatoria de ese fallo”²⁶.

Para sostener la legitimación de los actores (ajenos a la litis cuya sentencia pretendían anular) y discrepando con el criterio de la Sra. Fiscal de grado que no les había reconocido dicha legitimación, la sentencia menciona el derecho a peticionar ante las autoridades, lo que se traduciría en que cualquier persona está facultada a intervenir en, literalmente, cualquier juicio que se sustancie en los tribunales, por cualquier derecho, aun con sentencia firme.

Luego aduce que “no puedo soslayar que ya en el año 1992 (‘Ekmedjian c/Sofovich’)²⁷ se ha reconocido legitimación a un ciudadano para actuar” y que “por aplicación de la doctrina derivada del fallo ‘Halabi’²⁸ igualmente corresponde legitimar a los presentantes”.

A mi entender, además de que ni “Ekmejdian”, ni mucho menos “Halabi” dicen semejantes cosas, ninguna de las dos nos sirve para explicar por qué integrar a un tercero a una litis fenecida por sentencia firme, mas cuando los litigantes no intervienen en defensa de

26 Considerando II de la resolución del 30 de noviembre de 2009 dictada por la Dra. Martha Gómez Alsina, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 85 en los autos “Lebed Sabrina Melisa y Haslop Miguel Jorge c/GCBA s/nulidad”.

27 *Fallos*, 315:1492.

28 CSJN, sentencia del 24 de febrero de 2009, La Ley 2009-B-157.

derechos propios, ni comunes, ni difusos, sino más bien en ataque a derechos que la Justicia contencioso administrativa local les había reconocido a otros.

¿Por qué motivo la autorización de un acto jurídico que sólo tiene efectos entre las partes -como es el matrimonio- habría de afectar a quienes ni siquiera tienen un vínculo de familia con los contrayentes? Ello no se salva con la invocación del derecho a la protección de la familia que luce como un tanto dogmático, máxime si no se explica de qué modo la resolución anulada pudiera afectarlos. Sin dudas, de extenderse criterios como el reseñado se daría un golpe mortal al principio de la seguridad jurídica y el debido proceso.

En cuanto a la verosimilitud del derecho, la jueza civil supone que está dada por la incompetencia de la Justicia contenciosa administrativa (este trabajo trata de refutar justamente este criterio erróneo), pero parte de un yerro fundamental porque la verosimilitud del derecho se refiere al derecho del peticionante de la medida cautelar y no al derecho en forma genérica. Por ejemplo, yo puedo saber que mi vecino está por insolventarse, sin embargo eso no me da derecho a pedir un embargo contra sus bienes en la medida en que yo no sea acreedor de mi vecino, porque sólo un acreedor de éste puede tener “derecho” que justifique el dictado de una cautelar.

Igual crítica merece la sentencia de la “Sala E” de la Cámara Nacional en lo Civil ²⁹ que revocó la resolución de la jueza de primera instancia Dra. María Rosa BOSIO y la apartó de la causa. Luego de hacer mención al “*ostensible vicio de incompetencia*” de la Justicia contenciosa administrativa de la Ciudad de Buenos Aires que según los camaristas (con cita del Fiscal de Cámara) “ha producido un desquiciamiento institucional”, no hace alusión a la legitimación o no del actor para plantear la nulidad de la sentencia firme, y para fundar la verosimilitud del derecho sólo hizo una sucinta mención a la contestación de demanda del GCBA en el caso “Freyre” que había mencionado que la Administración local carece de competencia para ejercer funciones judiciales para declarar la inconstitucionalidad de los arts. 172 y 188 del Código Civil y que tampoco puede decidir en materias que son exclusivas del Estado Nacional.

29 Expte. “Andereggen, Pedro Javier María c/Freyre Alejandro c/GCBA s/ amparo y otro s/nulidad”.

Esto último resulta obvio, puesto que es sabido que la Administración no puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes ³⁰ y que carece de facultades judiciales. Fue justamente por eso que los actores concurren a sede judicial para que un magistrado sea quien efectúe ese control de constitucionalidad de las normas, que pese a su carácter nacional son aplicadas por la Administración local, en el caso, para fundar un acto administrativo denegatorio del derecho invocado por las partes.

Por último, esta sentencia de Cámara -al igual que la de la Dra. Gómez Alsina- tampoco revela de qué manera la autorización de un acto jurídico que sólo tiene efectos entre las partes, como el matrimonio, habría de afectar al Sr. Andereggen o a cualquier otro particular que se creyera con derecho a impugnarlo.

VI. Conclusión

Llegados a esta etapa de la evolución jurisprudencial argentina del control de constitucionalidad, que naciera y se desarrollara de manera pretoriana en Argentina hace más de 120 años, se verifica que éste ha tenido siempre como nota distintiva las atribuciones y deberes de todos y cada uno de los jueces de nuestro país para mantener el principio de supremacía constitucional que surge del art. 31 de la CN.

Más allá de que en estos últimos años este control fue adquiriendo una nueva fisonomía para pasar de un control difuso puro a una cierta mixtura o hibridez -como apunta CARNOTA ³¹-, lo cierto es que nunca ha sido puesto en duda que en casos de control de constitucionalidad difuso -como el analizado en este trabajo- todos los jueces -aparte de su incumbencia material específica- están capacitados para realizar la actividad verificadora de ese control por medio de una técnica que tiene características propias y una cierta complejidad.

Ahora bien, ha quedado establecido que en el caso “Freyre” los actores impugnaban un acto administrativo del Registro Civil (dependencia bajo la órbita de la autoridad administrativa local de la Ciudad de Buenos Aires) que les denegaba un turno para casarse

30 *Fallos*, 269:243 (1967); 298:511 (1977); 311:460 (1988); 319:1420 (1996).

31 CARNOTA, ob. cit.

con fundamento en dos artículos del Código Civil (arts. 172 y 188), los que tacharon de inconstitucionalidad.

La Justicia competente para entender en ese amparo era la contenciosa administrativa local por aplicación de los arts. 1 y 2 del Código Contencioso Administrativo (ley 189) que contiene una definición de la competencia a partir de la persona estatal interviniente y ello es lo que permitió a la jueza SEIJAS efectuar un control de constitucionalidad plenamente válido y eficaz de las normas del Código Civil -cuestión que a diario hacen los jueces locales-, sentencia firme cuya aplicación se vio entorpecida por sendos fallos con escasos fundamentos.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, *La Ley*, 2008-F-785

BALBÍN, Carlos, *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, comentado y concordado*, LexisNexis, 2003, Buenos Aires.

BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Ábaco, 2ª. edición, 2002, Buenos Aires.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Tomo II-B, Ediar, 2005.

CARNOTA, Walter F., “La mixtura del control de constitucionalidad argentino”, <http://multimedia.opovo.com.br/revista/walter-f-canota.pdf>; “La nueva fisonomía del control de constitucionalidad argentino”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, www.iidpc.org/revistas/6/pdf/161_171.pdf.

CARNOTA, Walter F., “Definiciones sobre el activismo de los jueces”, *La Ley*, Suplemento Act., 16/08/2007, *Derecho Constitucional-Doctrinas Esenciales* 01/01/2008.

DANIELE, Mabel, *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Platense, 2008, La Plata.

DE GIOVANNI, Julio, *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires*, Ciudad Argentina, 1999.

EKMEDJIAN, Miguel, *Manual de la Constitución Argentina*, 3ª. edición, Depalma, 1997, Buenos Aires.

FIORINI, Bartolomé, *Qué es el contencioso?*, Abeledo-Perrot, 1965, Buenos Aires.

GARGARELLA, Roberto, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, 2008, Buenos Aires.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 3ª. edición, La Ley, 2005, Buenos Aires.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Competencia contencioso administrativa y control de constitucionalidad”, LLCABA, diciembre 2009.

LOZANO, Luis F., *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Ad-Hoc, 2004, Buenos Aires.

MANILI, Pablo Luis, *Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1863-2007*, Universidad, 2007, Buenos Aires.

MARANIELLO, Patricio, *Código Contencioso Administrativo y Tributario, comentado, anotado y concordado*, Grun Editora, 1999, Buenos Aires.

MARANIELLO, Patricio, *Declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Librería del Jurista, 2008, Buenos Aires.

VITURRO, Paula, *Sobre el origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad*, Ad-Hoc, 2002, Buenos Aires.