

Aspectos que vulneran el control judicial suficiente. Posibles medidas procesales.

La doctrina del Control Judicial Suficiente fue plasmada de mejor manera en el Fallo Fernández Arias C/ Poggio en donde se entiende como dicho instituto a el control judicial sobre hechos y pruebas y no solamente sobre el derecho controvertido respecto de los actos jurisdiccionales del poder ejecutivo, ya que el tribunal sostuvo que el órgano administrativo puede ejercer funciones judiciales, pero con límites, haciéndole saber al recurrente que puede optar por la vía judicial o administrativa. Es la facultad del poder judicial a poner límites a las acciones discrecionales del Poder Ejecutivo. El control de constitucionalidad en el Congreso es la herramienta del Poder Legislativo para poner los frenos a la actividad legislativa del ejecutivo, pero el Control Judicial Suficiente es tarea de los Magistrados, los cuales, en el marco de los procesos judiciales, buscan interpretar en cada caso concreto la constitucionalidad de las normas que se rebaten.

Han sido materia de discusión los diferentes ángulos procesales sobre los cuales podría residir la pretensión de los considerados afectados por estas medidas del poder ejecutivo nacional. Me detendré concretamente en las siguientes cuestiones:

1) Acción de Amparo en el Fuero Contencioso Administrativo Federal: La medida más ordinaria sería una demanda contenciosa administrativa que declare la inconstitucionalidad del Acto Administrativo en cuestión. Esta medida podría iniciarse en cualquier fuero federal del país, en las cuales se expresen los motivos y razones (conjuntamente con las pruebas que se dispongan), que fundamentan la inconstitucionalidad. Estamos ante una medida cuya competencia recae en el contencioso administrativo, en razón de lo que se encuentra en tela de juicio en este caso es el ejercicio de la función administrativa del poder ejecutivo nacional. Las características de la acción de amparo darían la celeridad procesal necesaria, para poder atender dicha medida con la prioridad que requiere (art 43 CN).

Sin embargo, la traza que marca la ruta de este tipo de procesos llevaría su tiempo.



FEDERACIÓN ARGENTINA
DE COLEGIOS DE ABOGADOS



En defensa de la profesión,
por el mejoramiento de la Justicia
y la vigencia de la República

Debiendo agotar todas las vías de cada estadio judicial, ello así ya que independientemente de sentencia favorable o desfavorable para el accionante, dicha sentencia se podrá apelar para ser tratada en la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo y, posteriormente de dicho decisorio, se podrá plantear un Recurso extraordinario Federal ante la CSJN. Es decir, que el camino para llegar al Máximo tribunal federal de nuestro país tendría sus demoras.

El factor tiempo es una situación inescapable para todo litigante, y es lo que más genera desgaste profesional. Se podría plantear dentro de la situación en cuestión una Medida Cautelar que declare la suspensión de los efectos del DNU, hasta tanto se logre decidir sobre la constitucionalidad de fondo de la norma cuestionada. Sin embargo, estamos ante el mismo problema desde un ángulo diferente, porque se podría alegar que dicha resolución cautelar causa un gravamen irreparable en el ejercicio de la función administrativa y en la ejecución del programa político que el Estado Nacional posea, si dicha situación se demuestra se abren todas las vías recursivas ordinarias y extraordinarias, llegando nuevamente a la Corte por todo el camino previamente planteado.

Desde la tarea órbita de la acción escogida, si bien un amparo colectivo (considero que todos los casos que se inicien como amparo, tendrán mayor aceptación si se plantean bajo esta modalidad), asegura una suerte de representación de legitimados mucho más amplia, y se adecúa al nivel de protección de los derechos afectados, considero que, como ocurre en las Class Action Estadounidenses, los representantes de dicha acción estarán limitados a atacar la parte del DNU que más los afecta (en este sentido me refiero a que las agrupaciones laborales, buscarán la inconstitucionalidad del DNU por la modificación y limitación, de la normativa en materia de trabajo; las agrupaciones de consumidores y usuarios, por las normativas afectadas en materia de tarjetas de créditos, controles de precios, etc. y las agrupaciones ambientales por todas las falencias del DNU a las cuales ya nos hemos remitido). Es interesante ver que en el error del DNU también reside su fuerza, la medida es tan abarcativa y avasallante en materia de derechos tutelados, que hay miles de formas por las cuales puede ser rebatido, sin embargo,

 www.faca.org.ar

 +54 11 4331 8008/8009/6134

 Avenida de Mayo 651, 2° piso (1084)
CABA | Argentina.

abordarlas todas en un solo amparo, parece una tarea de gran dificultad.

2) Per Saltum por Gravedad Institucional: Ante la situación que aquí nos convoca y en razón de lo manifestado en el punto precedente, es evidente que el problema más grande es como poder acceder a la CSJN para obtener una resolución que logre el agotamiento de la vía judicial, sin tener que pasar por todas las etapas procesales previas. De ahí que el Per Saltum es una herramienta procesal que puede tomarse como la elección de muchos litigantes a la hora de encauzar una acción de amparo. El Per Saltum se encuentra legislado en el art 275 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y expresa que: *Procederá el recurso extraordinario ante la Corte Suprema prescindiendo del recaudo del tribunal superior, en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que entrañen cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior.* Se trata de una medida procesal de super excepcionalidad, la cual ha sido obtenida en muy pocas ocasiones. El mencionado artículo menciona la “Notoria Gravedad Institucional” como el elemento esencial para que proceda dicha vía: *Existirá gravedad institucional en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados.* Requiere como base de su fundamento que las cuestiones a tratar excedan el ámbito de congruencia tradicional de un proceso clásico, y se hagan extensivas a cuestiones de interés público, pero no solo la mera mención del mismo, sino la correcta fundamentación del instituto. Aquí volvemos a remarcar su gran excepcionalidad y limitación, ya que expresamente dice el Código Procesal en el artículo ya citado que: *La Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad.* Es decir, que partimos de una propuesta en la cual la Corte nos mira



FEDERACIÓN ARGENTINA
DE COLEGIOS DE ABOGADOS



En defensa de la profesión,
por el mejoramiento de la Justicia
y la vigencia de la República

desde una óptica en donde pareciera ser que el rechazo es la regla y el ingreso la excepción. El Per Saltum no concede de manera directa el acceso al máximo cuerpo judicial de nuestra nación, como toda fiesta exclusiva requiere de una entrada especial que así te habilite, es por ello que continúa el artículo manifestando que: *Sólo serán susceptibles del recurso extraordinario por salto de instancia las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares.* Es condición sine qua non que el proceso tenga como base una resolución judicial previa, es decir no existe la demanda de Per Saltum, no hay un acceso directo a la CSJN, sino que de mínima debemos fundamentar la Gravedad Institucional que decide en la resolución del Juez de Primera Instancia, ya sea por sentencia de fondo o por resolución cautelar (siendo esta la más probable en el escenario planteado). Finalmente cierra la redacción del artículo con una limitación en cuestión de materia: *No procederá el recurso en causas de materia penal.*

El art 275 ter del Código Procesal establece la formalidad en la cual debe plantearse el recurso mencionado: *El recurso extraordinario por salto de instancia deberá interponerse directamente ante la Corte Suprema mediante escrito fundado y autónomo, dentro de los diez (10) días de notificada la resolución impugnada.* Se hace necesario la constitución de un domicilio en Capital Federal y la presentación electrónica asimismo de dicho recurso. Este recurso no solo se interpone, sino que debe fundarse en el mismo escrito, esos diez días hábiles son claves para poder fundamentar correctamente la gravedad institucional que aqueja al recurrente. Un aspecto importante de este tipo de recurso es el nivel de discrecionalidad judicial que se posee en estos casos, ya que el propio código establece que: *La Corte Suprema podrá rechazar el recurso sin más trámite si no se observaren prima facie los requisitos para su procedencia, en cuyo caso proseguirá la causa según su estado y por el procedimiento que corresponda.* Quedaría pendiente estudiar la posibilidad de un recurso extraordinario de queja por Per Saltum denegado, pero en estos casos habrá que estar al día con todas las Acordadas Vigentes en materia de Per Saltum. Asimismo, el propio código manifiesta que es un recurso con efectos suspensivos sobre la sentencia de recurrido una vez pasado el examen de admisibilidad, y como toda acción

 www.faca.org.ar

 +54 11 4331 8008/8009/6134

 Avenida de Mayo 651, 2° piso (1084)
CABA | Argentina.



FEDERACIÓN ARGENTINA
DE COLEGIOS DE ABOGADOS



En defensa de la profesión,
por el mejoramiento de la Justicia
y la vigencia de la República

recursiva y a los efectos de garantizar el correcto derecho defensa en juicio, se dará traslado a la contra parte para contestar los agravios planteados por el recurrente. Una vez admitido y cumplida la notificación para que la otra parte pueda contestar, se evaluará la procedencia del mismo por la CSJN, pudiendo solicitar como medida para mejor proveer la remisión urgente del expediente del tribunal inferior (del propio Código no surge un plazo procesal aplicable para el tratamiento de la procedencia del recurso, lo cual deberemos esperar el plazo que considere la Corte para deliberar y resolver, el Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley posee plazos procesales expresos para tratamiento de las medidas¹).

Si bien considero que el contenido del DNU manifiesta una voluntad del Ejecutivo que puede ser considerada como "Gravedad Institucional", el problema en sí mismo es que dicho procedimiento ha sido históricamente tratado por la CSJN de una manera restrictiva. Es importante remarcar que la primera vez que este instituto se dio a conocer fue por el Fallo Dromi de 1990 por el cual se había detenido la privatización de Aerolíneas Argentinas. En este caso la CSJN aceptó el procedimiento del Per Saltum con disidencia del Dr. Fayt el cual planteó su total reserva contra este instituto dado su falta de arraigo en la legislación procesal local². Una vez legislado, fue de todas maneras evaluado desde un criterio extremadamente restrictivo.

¹ Art. 297: Fijadas definitivamente las cuestiones, el presidente convocará a un acuerdo, dentro del plazo de cuarenta (40) días, para determinar si existe unanimidad de opiniones o, en su caso, cómo quedarán constituidas la mayoría y la minoría; Art. 298: La mayoría y la minoría expresarán en voto conjunto e impersonal y dentro del plazo de cincuenta (50) días la respectiva fundamentación. Los jueces de cámara que estimaren pertinente ampliar los fundamentos, podrán hacerlo dentro del plazo común de diez (10) días, computados desde el vencimiento del plazo anterior.

² CSJN 06/09/1990 "Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/avocación en autos: 'Fontela, Moisés Eduardo c / Estado Nacional. Cons.19) Que, en efecto, el legislador argentino no admitió en materia judicial tal posibilidad de saltar etapas en el trámite de las causas. Antes bien, sometido a su consideración en 1987 un proyecto de ley que admitía una institución análoga, él no fue aprobado. Y -lo que parece terminante- la ley 23774 Ver Texto no la incluyó; Cons. 26) Que la esencial de "apelación" contenida en art. 101 Ver Texto de la Constitución Nacional es señal de que nuestra Ley Suprema exige también regularmente un camino recursivo a recorrer, como exigencia de un normal servicio de justicia, al menos, en lo que a esta Corte se refiere, de donde no puede ser banal el tema de las escalas de tal camino

3) Acción de Inconstitucionalidad Originaria ante la CSJN: Primeramente, debemos remarcar que la acción de inconstitucionalidad (al igual que lo ocurrido con el Per Saltum previo a su incorporación), no se encuentra legislada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Sin embargo el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires recepta este instituto, el art 683 se podrá demandar la declaración de inconstitucionalidad de ley, decreto, ordenanza o reglamento que estatuya sobre materia regida por aquélla. Lo interesante de esta medida procesal es que tenemos un acceso directo, por excepcionalidad, al máximo organismo judicial de la Provincia, sin necesidad de acortar instancias a través del Per Saltum, ya que la Corte se reserva competencia originaria en estos casos³. Lamentablemente como la normativa en cuestión y su constitucionalidad debe ser rebatida en el fuero federal, debemos buscar en nuestra respuesta en código ritual de nación, el cual no tiene legislado expresamente este instituto. La desventaja que

³ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: ARTÍCULO 683°:** Objeto del juicio. 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, debiendo observarse el siguiente procedimiento; **ARTÍCULO 684°:** Plazo para demandar. La demanda se interpondrá ante la Suprema Corte de Justicia dentro del plazo de treinta días, computados desde que el precepto impugnado afecte concretamente los derechos patrimoniales del actor. Después de vencido el plazo, se considerará extinguida la competencia originaria de la Suprema Corte, sin perjuicio de la facultad del interesado para ocurrir a la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos patrimoniales que estime afectados; **ARTÍCULO 685°:** Excepciones. No regirá dicho plazo, cuando se trate de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos, de carácter institucional o que afecten derechos de la personalidad no patrimoniales. Tampoco regirá cualquiera sea la naturaleza de los preceptos impugnados, cuando éstos no hayan sido aún aplicados al demandante y la acción se ejercite con finalidad preventiva; **ARTÍCULO 686°:** Traslado. Funcionarios competentes. El presidente del Tribunal dará traslado de la demanda, por quince días: 1°) Al Asesor de Gobierno, cuando el acto haya sido dictado por los Poderes Legislativo o Ejecutivo; 2°) A los Representantes Legales de las municipalidades, o a los funcionarios que ejerzan la titularidad de los organismos involucrados, cuando los preceptos emanaren de dichas entidades; **ARTÍCULO 687°:** Medidas probatorias. Conclusión para definitiva. Contestado el traslado o vencido el plazo, el presidente ordenará las medidas probatorias que considere convenientes fijando el término para su diligenciamiento. Concluida la causa para definitiva, se oirá el Procurador General y se dictará la providencia de autos; **ARTÍCULO 688°:** Contenido de la decisión. Si la Suprema Corte estimase que la ley, decreto, ordenanza o reglamento cuestionados, son contrarios a la cláusula o cláusulas de la Constitución que se citaron, deberá hacer la correspondiente declaración sobre los puntos discutidos.



FEDERACIÓN ARGENTINA
DE COLEGIOS DE ABOGADOS



En defensa de la profesión,
por el mejoramiento de la Justicia
y la vigencia de la República

tiene esta medida procesal, lo dice su propio nombre, se trata de una acción “meramente declarativa” su resolución, no genera un estado derecho en el otra parte, dicho de otra manera, no podemos obtener a través de dicha medida la nulidad del DNU por orden judicial, sin embargo, obtenemos un reconocimiento judicial del status de inconstitucionalidad por parte del Máximo tribunal judicial del país. El doctrinario Hugo Alsina ha dicho que la sentencia meramente declarativa, no requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho, y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una relación jurídica⁴. Toda acción declaración de la Corte que contenga un análisis de las razones por las cuales una norma deba ser considerada como constitucional, no debe ser tomada a la ligera, y el desconocimiento de esa declaración por parte del Ejecutivo Nacional, implica una profundización aún más severa sobre las atribuciones extraordinarias que la presidencia de la Nación se está dando en materia legislativa. Todo ataque en bloque desde la órbita a la totalidad misma del Decreto sin un fondo concreto de afectación, dicho de otra manera, discutir la legalidad por la legalidad misma, no tiene el impacto procesal deseado, por ello hay que tener en cuenta que el alcance del DNU es tan ambicioso y tan extremos que la propia forma de ataque procesal del mismo se ve achacada cuando la alevosía es tan grande, pero el daño concreto todavía no ha sido causado.

4) Control Judicial Difuso y Sentencia Erga Omnes: En los tres puntos anteriores nos hemos detenido en las variables procesales por las cuales se puede ingresar al reclamo judicial por el DNU publicado. Resta ver un cuarto aspecto, que tiene que ver con el alcance de la resolución judicial que se imparta en este caso. Por regla las resoluciones judiciales tienen efectos Inter partes, ello es a fin de respetar la congruencia procesal y principios de bilateralidad. Los jueces en su sana crítica no pueden extender los alcances de una sentencia hacia individuos que no hayan formado parte integrante del proceso. La

⁴ Hugo ALSINA, Derecho procesal, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1956, t. I, pág. 354.



FEDERACIÓN ARGENTINA
DE COLEGIOS DE ABOGADOS



En defensa de la profesión,
por el mejoramiento de la Justicia
y la vigencia de la República

CSJN en reiteradas ocasiones ha manifestado que: *“Al pronunciarse el Poder Judicial sobre la constitucionalidad de una ley, lo hace con referencia exclusivamente al caso traído a su jurisdicción; es decir, que no resuelve en abstracto el punto constitucional controvertido en el juicio, pues ello importaría entorpecer la acción independiente de los otros departamentos del gobierno”*⁵.

El alcance erga omnes de una sentencia judicial es un punto fuertemente rebatido por la jurisprudencia. El mismo supone plantear el escenario judicial en el cual, todas las personas o gran parte de la sociedad se puede ver eventualmente afectada de la misma manera por el mismo derecho.

Normalmente los procesos que tutelan derechos de incidencia colectiva hacen extensivos sus efectos, pero únicamente en el andamiaje colectivo. Es decir, todo los afectados en la faz ambiental van a ser beneficiarios de su recomposición, mas todos los daños individuales que de rebote (par ricochet) impacten en las personas, solo van a alcanzar en la medida del reclamante judicial en cada caso concreto. Es por ello que la CSJN, ha realizado una tarea constante en poder diferenciar el reclamo de los derechos colectivos del reclamo de los derechos individuales⁶.

La gran estructuración de los procesos y sus alcances en las sentencias, tiene un gran encuentro en el Fallo Halabi, Ernesto Halabi, interpuso acción de amparo contra el Estado Nacional, solicitando se declarase la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la Ley 25.873, y su decreto reglamentario 1.563/04 que obligaba a los prestadores de servicios de telecomunicaciones de captar y derivar las comunicaciones que transmiten para su observación remota, de acuerdo a lo que establece la legislación vigente, a requerimiento del Poder Judicial o del Ministerio Público.

⁵ Fallos, 184:592, 270:374, 312:615, 312:851, 312:1082, 318: 1256

⁶ La primera gran victoria procesal en el Fallo Mendoza de 2006 sobre la contaminación de la Cuenca Matanza – Riachuelo, fue poder escindir el proceso, separando la parte que contenía el reclamo por daño ambiental en sí mismo, del reclamo que contenía afectación de los derechos individuales.



FEDERACIÓN ARGENTINA
DE COLEGIOS DE ABOGADOS



En defensa de la profesión,
por el mejoramiento de la Justicia
y la vigencia de la República

A raíz de un amparo que buscaba proteger el derecho a la privacidad de las personas, la CSJN falló a favor de Halabi declarando la inconstitucionalidad de las normas citadas. Sin embargo, existía una paradoja procesal en ese momento ya que el planteo tenía una naturaleza colectiva (proteger la protección de la privacidad de los clientes de Halabi), pero el tutelaje de la misma era de un derecho de naturaleza individual (el derecho a la privacidad de las personas). Para zanjar dicha cuestión la CSJN en un obiter dictum, realiza una clasificación tripartita de las acciones: Las acciones cuyo objeto tutela derechos individuales, cuya resolución judicial posee efectos entre partes;

La acción cuyo objeto tutela derechos de incidencia colectiva, cuya sentencia es de alcance a todos los afectados por el daño a esos bienes de incidencia colectiva (los procesos que se encauzan por daños ambientales por ejemplo) y finalmente el escenario Halabi: acciones cuyo objeto tutela derechos pluri individuales y homogéneos. Es decir, por ejemplo, la afectación de libertades individuales que generan el mismo impacto en cada potencial afectado. La CSJN tiene 3 requisitos para el ingreso de este tipo de procesos (objeto pluri individual homogéneo): a) Interés o daño motivado por hecho único que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales; b) Elementos homogéneos dentro de esa pluralidad de sujetos al estar afectado por un mismo hecho y c) No tiene que verse justificado el ejercicio individual del derecho, es decir no tienen que tratarse derechos individuales homogéneos de relevancia económica (el espectro de discusión económica tiene que ser tal que no motive acciones individuales propia).

Cual es el gran problema de este tipo de procesos para este tipo de DNU, en principio todo. No se ha visto nunca un DNU tan heterogéneo como el que se encuentra aquí planteado, es volver al punto esencial la falta de limitación y la exageración regulatoria y desregulatoria pareciera jugarle a favor al ejecutivo

 www.faca.org.ar

 +54 11 4331 8008/8009/6134

 Avenida de Mayo 651, 2° piso (1084)
CABA | Argentina.



FEDERACIÓN ARGENTINA
DE COLEGIOS DE ABOGADOS




En defensa de la profesión,
por el mejoramiento de la Justicia
y la vigencia de la República

nacional, en el ámbito judicial.

En base a estos puntos podemos encontrar que ninguna medida procesal es suficiente en su totalidad, la heterogeneidad del DNU, su abarcamiento, la imposibilidad de poder evaluar el nivel de afectación por más grave que uno considere. Dando un ejemplo burdo, es como querer matar a una Hidra cortándole la cabeza. Es decir, que el ataque en bruto con toda la batería de herramientas que posean la totalidad de reclamantes que ingresen, podría llegar incluso a entorpecer aún más el panorama. Estamos ante un nuevo plano procesal, que requiere una acción quirúrgica que vaya segmentando las diferentes líneas de defensa

 www.faca.org.ar

 +54 11 4331 8008/8009/6134

 Avenida de Mayo 651, 2° piso (1084)
CABA | Argentina.