

SOBRE LA DEMOCRACIA Y LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD¹

NICOLÁS DIANA

“Siento muy profundamente que gran parte del cuestionamiento hacia nuestros jueces y que muchas de las deficiencias en la prestación del servicio de justicia tienen su origen en falsas concepciones, o en la alteración y variación de las mismas, sobre los límites del Poder Judicial, la *esencia* de la función jurisdiccional, y la *naturaleza* del proceso judicial. No podemos esperar eliminar la impaciencia de la arbitrariedad judicial y todos los abusos generados por la justicia por encima de la integridad del Poder Judicial, hasta que establezcamos un acuerdo general sobre aquellas cuestiones que son fundamentales”.

BENJAMIN N. CARDOZO, *The growth of the Law*²

I. INTRODUCCIÓN

En cada pleito judicial aparentemente particular y egoísta –memora NIETO recordando a IHERING –se debate todo el orden social³. Cuando de debate hablamos, no hacemos sino a una controversia, contienda, lucha o combate⁴ respecto a qué es el Derecho en el caso.

¹ Una primera versión de este trabajo fue publicado en La Ley - Suplemento de Actualidad, 26/6/2008, ps. 1 y ss., bajo el título “La democracia y la presunción de (in)constitucionalidad de las normas”.

² New Haven, Yale University Press, 1924, ps. 144-145, traducción libre. La versión original en inglés dice: “I feel very profoundly that much of the criticism of courts and many blunders of courts have their origin in false conceptions, or at any rate in varying conceptions, of the limits of judicial power, the essence of the judicial function, the nature of the judicial process. We may not hope to eliminate impatience of judicial restraint, and even revolutionary encroachments upon the integrity of judicial power, till we settle down to some agreement about the things that are fundamental”.

³ ALEJANDRO NIETO, *Balada de la justicia y de la ley*, Trotta, Madrid, 2002, p. 104.

⁴ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22ª ed (<http://lema.rae.es/drae/?val=debate>).

Cuando en esa controversia judicial lo que se discute es la validez constitucional de una norma emanada de alguno de los otros poderes del Estado, la decisión en nuestro sistema jurídico excede la mera disputa privada o de un particular o grupo de particular frente al Estado nacional, provincial o municipal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado, desde siempre, que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico⁵. Sin embargo, en especial a partir de la década del 90, la Argentina ha atravesado por un fenómeno interesante: la inversión del principio de la presunción de constitucionalidad de las normas.

Esto podría ser así por muchas causas, tanto políticas como históricas, culturales y sociales, pero en particular gracias a la conjunción y a la influencia que los medios de comunicación y los operadores jurídicos poseen en la (de)formación del imaginario colectivo y la idea sobre el poder y la democracia.

Es común –y a diario lo vemos, leemos y escuchamos– que a los ojos de la sociedad argentina y de los medios periodísticos todo lo que el proviene del Estado (en sentido lato) es criticable, censurable y con sospechas de corrupción, a la par, de señalarse con gran soltura su “anticonstitucionalidad”.

Cierto es que los políticos argentinos han contribuido a esta idea arraigada en el ciudadano medio. También lo es que los abogados, en general, cargamos con parte de esta culpa también. Cuando como profesionales del derecho referimos –con mucha ligereza del lenguaje– que la Justicia es “buena” o “mala” no hacemos sino: i) contribuir al descrédito de unos de los poderes del Estado, ii) soslayar que quienes contribuyen y argumentan en los casos judiciales son los abogados, y iii) renegar de una responsabilidad social compartida con esa misma Justicia.

Basta para ello apreciar los abusos en el inicio de determinadas acciones judiciales (amparos, cautelares autónomas o no, supuestas “autosatisfactivas”, declarativas de certeza, declarativas de inconstitucionalidad, etc.)⁶ que el sistema judicial padece a diario (o ha padecido) y que colapsan cíclicamente

⁵ Fallos 149:51; 300:241, 1087; 288:325; 290:83; 292:190; 294:383; 302:457, 484; entre otros.

⁶ La Corte Suprema ha indicado, por ejemplo, que admitir la legitimación en un grado que la identifique con el generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes de gobierno, deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares. Y agregó que la protección de los contribuyentes o de los ciudadanos, dada su base potencialmente amplia es, precisamente, el tipo de influencia que en una democracia debe ser utilizada ante las ramas del gobierno destinadas a ser sensibles frente a la actitud de la población, modalidad de naturaleza política a la que es ajeno el Poder Judicial (Fallos 321:1252, cons. 25.)

los tribunales de todo el país, aún cuando se sepa desde un principio, el escaso o nulo éxito que finalmente se pueda obtener al respecto. No incluimos aquí los casos en los cuales la única opción que le queda al ciudadano es acudir a la justicia como última esperanza para un poder político que a veces es ciego, sordo y mudo a las demandas sociales y a la realidad⁷. *Allí no hay aventura judicial, sino desventura social.*

La idea de justicia, es “una idea clara y simple dotada de una poderosa fuerza motivadora. Por todas partes parece haber una comprensión instintiva de las demandas de justicia [...] El poder de la justicia es grande. Luchar por una causa ‘justa’ fortalece y excita a una persona”⁸, como también lo hace, potenciado, respecto a un colectivo social determinado.

II. EL DERECHO Y SUS FUNCIONES

Tal como se ha referido alguna vez, el inicio de cualquier acción judicial traduce el fracaso del derecho como medio o técnica de control social, ya que todo pleito es una derrota en sí mismo, incluso cuando en él se alcance la máxima justicia posible y aun cuando el proceso se desarrolle con la mayor economía y celeridad posibles⁹. Economía y celeridad que no deberían desconocer el derecho de defensa y el interés público comprometido, en general, en cualquier proceso en el cual una de las partes sea el Estado.

El derecho parece entonces convertirse en un instrumento frágil e ineficaz. Se vuelve irreal, justamente porque los operadores canalizan sus acciones y buscan soluciones a través de vías y procedimientos paralelos a las instituciones que deberían encauzarlas. Se relega la función y alcance del derecho a una mera cuestión formal, teórica, distanciada de la vida real y, consecuentemente, el ciudadano pierde la fe en las respuestas del sistema. Esta fragilidad en el funcionamiento de nuestras instituciones democráticas –originada, principalmente, por nuestra propia incapacidad social– es la prueba cabal del fracaso

⁷ Ver al respecto y en especial, AGUSTÍN GORDILLO, “Un día en la justicia: los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional”, LL, 1995-E, 988. Reproducido, con modificaciones, bajo el título “Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución”, como cap. IX de la segunda edición del libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1996. Igualmente reproducido en MARTÍN ABREGÚ y CHRISTIAN COURTIS (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 201 y ss.

⁸ ALF ROSS, (trad. GENARO CARRÍO), *Sobre el derecho y la justicia*, 5ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1994, p. 262.

⁹ OSVALDO C. GUGLIELMINO, *Medidas cautelares contra la Administración*, *Actualidad en el Derecho Público*, N° 13, Buenos Aires, 2000, ps. 79 y ss.

actual del Derecho Administrativo argentino como técnica de realización del hombre en comunidad. Como el derecho está tan alejado de la realidad que debería canalizar y los ciudadanos actúan a través del parasistema informal, la distancia se vuelve difícil de salvar y el derecho queda circunscrito a:

- a) justificar su sacralidad e inmutabilidad (función mítica) y,
- b) impedir el cuestionamiento de la dicotomía “régimen formal-régimen informal” y de su ineficacia (función discursivo-ideológica), perpetuando, todo ello, determinados tipos de relaciones de poder¹⁰.

Pues bien, cuando de la presunción de constitucionalidad de las normas hablamos aludimos a una ficción¹¹ que colabora en la seguridad jurídica y en la *pax social*. En rigor de verdad, todo el entramado jurídico se construye a través de ficciones que son más o menos útiles, y todas ellas colaboran, de uno u otro modo, en el sostenimiento del Estado.

El derecho juega aquí un rol fundamental en tanto organiza el Estado, lo legitima frente a la sociedad, y establece las garantías contra los abusos del poder de ese mismo Estado respecto a los ciudadanos¹².

La presunción de constitucionalidad se integra, por tanto, en el conjunto de ficciones que conforman el Estado de Derecho, con un rol fundamental en lo que refiere a la validez y eficacia de las normas creadas por el Estado en base, a requisitos adjetivos y sustantivos que se presumen, *juris tantum*, cumplidos.

¿Por qué?

Porque de lo contrario entraríamos en la vorágine del cuestionamiento permanente de todo el sistema jurídico, que si bien en parte nos parece positiva¹³, no colaboraría en su estabilidad para el caso argentino, sino en su constante crisis que se reflejaría en un proceso sin solución de continuidad, como el que apreciamos a diario cuando los medios nos “venden” una realidad en directo por radio, televisión o Internet.

Parafraseando al Máximo Tribunal, la Democracia es Constitucional, y por ello la función de la Corte debe dirigirse a garantizar la vigencia de principios regulativos del modo en que se expresan las mayorías. El escrutinio judicial de los procedimientos (reglas formales y materiales) resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas. El cumplimiento de los principios que constituyen el núcleo del Estado de Derecho es lo que orienta a una sociedad

¹⁰ NICOLÁS BONINA - NICOLÁS DIANA, *La senda del Derecho Administrativo en la jurisprudencia de la CSJN*, LL, Sup. Adm. 2010 (agosto), ps. 40 y ss.

¹¹ Nada hay de “naturaleza” en la imposición artificial de conceptos, institutos y principios.

¹² MAURICE DUVERGER, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 5ª ed., Ariel, Barcelona, 1970, “Introducción”.

¹³ NICOLÁS BONINA - NICOLÁS DIANA, *La deconstrucción del Derecho Administrativo*, Novum, México, 2012.

–y los poderes constituidos, incluyendo en ellos, al propio Poder Judicial– hacia una expresión madura y plural, mientras que su apartamiento condena al futuro a repetir un pasado que se desea mejorar¹⁴.

Los argentinos estamos acostumbrados a criticar al otro, especialmente al Estado, olvidando que formamos parte de él. Pretendemos una justicia del primer mundo, siempre que la sentencia que finalmente se dicte no sea en contra de nuestros intereses o el de nuestros clientes. Ni hablar de parte de la doctrina que escribe a favor de determinados intereses sectarios, olvidando su responsabilidad al tiempo de (de)formar opinión. Achaques que también incluyen al Máximo Tribunal en etapas oscuras de nuestro pasado institucional.

Como muestra basta un botón. En una sentencia de 1979, la entonces Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo –daño mediante– que “las Actas Institucionales y el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional son normas que se integran a la Constitución, y tienen por objeto el restablecimiento de la vigencia plena del orden jurídico y la instauración de una democracia republicana, representativa y federal. No quedaron derogados, ni siquiera suspendidos, los arts. 31 y 104 de la Constitución ni lo acordado en el Pacto de San José de Flores, aunque pueda sostenerse que en la cúspide del orden de prelación del mencionado art. 31, se encuentren las disposiciones que, en uso de su poder constituyente, sancione el actual gobierno por medio de su órgano político competente”¹⁵.

La lista puede seguir sin pausa hasta el cansancio, y se podría vincular con un estado de anomia permanente al cual los operadores políticos y jurídicos, y los medios de comunicación –también como operadores– han contribuido –en mayor o menor medida– a su crecimiento y conformación.

La vida social, señalaba NINO, “no puede separarse fácilmente de la institucional. Ambas esferas de la vida colectiva están imbricadas de diferentes modos: las instituciones generan normas para ser aplicadas a la vida social, y la anomia intrainstitucional se proyecta a la interacción no política de los individuos. Por el otro lado, el comportamiento de quienes ejercen el poder tiene un efecto demostrativo importante sobre la conducta del resto de la sociedad. También es verdad que aquellos que actúan en el marco institucional no constituyen un género separado de individuos, sino personas que actúan en otras esferas de la vida social y que tienen actitudes y hábitos que comparten con quienes interactúan en esas esferas y que trasladan a la vida pública”¹⁶.

¹⁴ Fallos 330:3160.

¹⁵ CSJN, “Richardi, Marta Susana c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires”, Fallos 301:1010.

¹⁶ CARLOS NINO, *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Ariel, Buenos Aires, 2005, p. 87.

III. LA DEMOCRACIA Y EL DERECHO

El sistema (o subsistema) jurídico ha perdido desde hace años la posibilidad de autoregenerarse y contestar eficientemente las demandas que los tiempos actuales se le generan diariamente (*autopoiesis*)¹⁷; pero también desde los medios y la doctrina, se reclama de la democracia argentina respuestas.

Es así que lo que está en crisis en la Argentina, desde hace años, no es el derecho sino la democracia.

Cuadra preguntarse entonces:

¿Qué representa la democracia para el Derecho argentino? ¿Qué valor tiene la democracia para el ciudadano argentino? ¿Quiénes asumen realmente el costo y la responsabilidad de vivir democráticamente?

La democracia, como tal, es un concepto nuevo para nosotros y nuestros juristas quienes han vivido, padecido y realizado su lucha por el derecho en un escenario plagado de rupturas sociales, económicas y políticas, donde el valor de nuestras institucionales y en particular de la Constitución misma han pasado a estar en un segundo plano, frente a administraciones de jure y usurpadoras que han destronado sin mayores inconvenientes la supremacía de la ley fundamental, por la supremacía del interés particular.

Los argentinos somos la prueba cabal de que la caída de un régimen autoritario o totalitario puede suscitar emociones muy intensas, tanto positivas como negativas. A su vez, toda transición puede provocar –y de hecho, provoca– furiosas emociones de venganza o retribución¹⁸.

El pacto formal o ficcional de toda nación, en la República Argentina, ha estado ausente durante muchos años; siendo que la mayoría que accedió al poder –sea por las vías institucionales o violándolas– ha optado por no pensar en consolidar la unión nacional ni afianzar la justicia, sino por caprichos efímeros de la cultura al vacío político e institucional.

Aquí quizás encontramos el germen de todos nuestros males: nosotros mismos y nuestra obsesión por desconocer aquello que nos identifica como iguales. Aunque no lo queramos asumir, somos eso, consecuencia de nuestras irresponsabilidades y de nuestro desinterés en forjar la igualdad y la libertad

¹⁷ La autopoiesis es la capacidad de un sistema de reproducirse a sí mismo (poiesis = gr. producir). Se trata de una propiedad inherente a las células y a los seres vivos en general. Los sistemas autopoieticos son simultáneamente productores y productos por lo que podríamos denominar sistemas circulares, es decir, funcionan en término de productividad circular. Ver NIKLAS LUHMANN, *Organización y decisión. autopoiesis, acción y entendimiento*, Anthropos UIA/ITESO, México, 1997.

¹⁸ JON ELSTER (trad. EZEQUIEL ZAINDENWEG), *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz, Buenos Aires, 2006, p. 253.

como pilares sociales, de la arbitrariedad, el abuso del derecho y la “cultura del aguante” como notas que nos identifican como ciudadanos.

Desde otros sistemas jurídicos y también desde la Argentina, generalmente, se ha asociado la democracia a nuestra liberación de las cárceles de la ignorancia, la dependencia, la tradición y el derecho divino, gracias a la unión de la razón, el crecimiento económico y la soberanía popular¹⁹.

La “deconstrucción” del derecho nos exige como ciudadanos un replanteo de la definición material que queremos de democracia y de un derecho que busquemos que asuma una función garantizadora en este *iter* formal que venimos transitando hacia su material.

En un trabajo de hace algunos años atrás, se ha señalado que: “El estado actual del Derecho Administrativo no se hace cargo de la delimitación del concepto de interés público y de su aprehensión como criterio ineludible para la resolución y decisión de conflictos judiciales en materia administrativa [...] Lo expuesto denota el fenómeno de una creciente ‘motorización legislativa’ caracterizada por la existencia de un cúmulo variado de normas, muchas veces contradictorias, la vigencia de regímenes parcialmente derogados y la falta de coherencia integral de muchos complejos normativos sectorizados que deben reconstruirse al momento de la resolución judicial. El panorama relatado supone la existencia de un alto grado de incertidumbre para la correcta o justa solución del conflicto judicial en materia administrativa, con grave menoscabo del valor seguridad jurídica, que exige decisiones que resulten consistentes y coherentes en el marco del ordenamiento jurídico vigente”²⁰.

Podemos definir la democracia como un conjunto de garantías contra el ascenso o el mantenimiento en el poder de dirigentes contrarios a la voluntad de la mayoría. Empero, en este mundo globalizado donde los intereses políticos de la sociedad se discuten en el mercado y viajan a la velocidad de la información, la democracia parecería subsumirse en él, donde el ciudadano es un cliente o consumidor.

De lo que se trata es de aprender a vivir con nuestras diferencias, a construir un mundo que sea cada vez más abierto pero que posea también la mayor diversidad posible.

Siempre se ha intentado oponer la democracia de los antiguos frente a la democracia de los modernos. Fue así, la teoría de la representación política quien asumió, entre otros institutos de la modernidad, uno de los ejes de la diferenciación.

¹⁹ Gran parte del sentido y alcance dado al concepto democracia, la tomamos de ALAIN TOURAINE, *¿Qué es la democracia? (Qu'est-ce que la démocratie?)*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1995.

²⁰ CLAUDIO COHEN SALAMA, *Bases epistemológicas y metodológicas para una teoría interpretativa del Derecho Administrativo*, JA 2003-I-1375.

Hay dos aspectos que se distinguen en la modernidad política: Estado de Derecho y la idea de soberanía popular.

En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la Revolución Francesa introduce en el pensamiento político occidental dos principios capitales: el principio de la legalidad de la acción de los poderes públicos y, en segundo lugar, el principio de la libertad, ambos interrelacionados en el art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789²¹. Ambos juegan un rol esencial en la democracia y en la presunción de constitucionalidad de los actos de gobierno.

BERNARD MANIN, ha sostenido que la simple definición del gobierno representativo como gobierno por la discusión es así profundamente inadecuada. “Disimula el hecho de que, en esta forma de gobierno, la discusión persuasiva cumple una función específica que no es la de producir la decisión ni necesariamente la de engendrar las proposiciones de decisiones, sino solamente la de producir el consentimiento en una situación en la que ninguna voluntad tiene por sí misma derecho de imponerse a las demás. Aquí se ve reaparecer, una vez más, el papel central del juicio: las proposiciones no tienen necesariamente su origen en la instancia que discute, pero ninguna proposición es adoptada si no ha sido sometida al juicio de la instancia que discute”²².

El análisis de las prácticas y de las disposiciones institucionales concretas sobre las que se basa el gobierno representativo, agrega MANIN, muestra por lo tanto que, contrariamente a lo que afirman el sentido común y la ideología democrática, la democracia representativa no constituye la forma indirecta o mediatizada del gobierno por el pueblo. Pero este análisis hace también aparecer lo que caracteriza positivamente la democracia representativa: el papel central que desempeña en ella el juicio de la colectividad. Ese es punto central del debate: todo lo que atañe al gobierno de la comunidad puede ser controlado por el pueblo, y es también su responsabilidad la ausencia de control o juzgamiento, sus excesos y abusos.

Tal como afirma ENRIQUE AGUILAR²³, fue BENJAMÍN CONSTANT quien de algún modo intentó distinguir y comparar la libertad de los antiguos comparada con los de los modernos, ya hacia 1819 en el Ateneo Real de París, en su célebre

²¹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 9ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 571.

²² La democracia de los modernos. Los principios del gobierno representativo, artículo desarrollado con ligeras modificaciones en el libro *Principes du gouvernement représentatif*, Calmann-Levy, París, 1995 (traducción de CLARA JIMÉNEZ). Publicado en: http://www.politica.com.ar/Filosofia_politica/Nuevos%20Filopol/manin_democ_mod.html.

²³ ENRIQUE AGUILAR, *Benjamin Constant y el debate sobre las dos libertades*, Revista Libertas 28 (mayo 1998), Instituto Universitario ESEADE, <http://www.eseade.edu.ar>.

discurso. Es así que la libertad que en los pueblos antiguos “consistía en ejercer colectiva, pero directamente, numerosas partes de la soberanía toda”²⁴, fuese deliberando, votando leyes, promoviendo juicios o concluyendo tratados. Por otro lado, la moderna suma de derechos (de opinión, industria, tránsito, culto, asociación, etc.) y garantías individuales, incompatible con la sujeción completa a la autoridad del conjunto que caracterizaba a la libertad antigua.

La finalidad de la democracia de los antiguos era la partición del poder social entre todos los ciudadanos, sostiene CONSTANT, a lo cual llamaban libertad; la finalidad de la democracia de los modernos es la seguridad en los goces privados y llaman libertad a las garantías acordadas por las instituciones a estos goces²⁵.

De este modo, señala AGUILAR “[d]os factores, a su criterio, alimentaban estas diferencias. En primer lugar, el factor territorial. La corta extensión de las repúblicas antiguas hacía que cada pueblo viviese en permanente roce con sus vecinos, por lo que la guerra, promotora de la esclavitud, era la ocupación casi habitual. En segundo lugar, y en parte como consecuencia de lo anterior, el hecho de que el comercio fuera entonces ‘un accidente feliz’ y no, como ocurre en nuestros días, ‘la verdadera vida de las naciones que apetecen únicamente el reposo, con él la comodidad, y como fuente de esta la industria’”²⁶.

La democracia, entendida como libre elección a intervalos regulares de los gobernantes por los gobernados, define con claridad el mecanismo institucional sin el cual aquella no existe: la esencia de la democracia se encuentra en el derecho que tienen todos los ciudadanos de elegir a sus representantes según el sistema previamente establecido en un proceso electoral libre y sincero²⁷. Pero como todo derecho no es absoluto y necesita de límites objetivos que deben ser definidos por el derecho y acatados por el ciudadano para asegurar la *pax social*.

La democracia, para preciarse de ser tal, reside en la voluntad de los ciudadanos de actuar de manera responsable en la vida pública en su compromiso y convicción del reconocimiento del yo y del otro como parte de un mismo fenómeno.

El Derecho como parte de esa vida pública exige también, como ya se dijo, de la responsabilidad de los ciudadanos y de sus gobernantes.

²⁴ ENRIQUE AGUILAR, op. cit., quien cita: BENJAMIN CONSTANT, “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes” [1819], en *Cours de politique constitutionnelle*, Ed. par E. Laboulaye, Guillaumin, Paris, 1861, T. II, p. 541 (traducción del autor).

²⁵ ENRIQUE AGUILAR, op. cit., p. 548.

²⁶ ENRIQUE AGUILAR, op. cit., p. 545.

²⁷ Fallos 315:71.

IV. A MODO DE COLOFÓN

El rigor que los tribunales exigen para declarar la inconstitucionalidad de una norma les exige aún mayor estrictez cuando el cuestionamiento se refiere a la omisión en que pueden incurrir los otros poderes en el ejercicio de sus facultades legislativas o reglamentarias, pero también en la responsabilidad y compromiso del ciudadano en una convivencia sana en la cual cada cual haga lo que le corresponde y el peso de su carga social.

La inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable²⁸.

Por ello, resulta inconveniente –y aun más perjudicial– pretender que esa declaración aparezca como provisoria y dictada luego de un ligero examen de la cuestión, pues compete al Poder Judicial el saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones²⁹.

Recordar vale que el control de inconstitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador³⁰. Examen que recae sobre la sociedad en su conjunto y sólo sobre los jueces cuando la vulneración constitucional realmente sea tal y no un cliché de *pseudoactivismo* judicial sin sentido.

Lamentablemente, la insensatez o insensibilidad judicial ocasionalmente “se traduce en la imparcialidad: otra pregonada ‘virtud’ del juez, a quien se ordena que trate a las partes con exquisita igualdad. Ahora bien, ¿es que los pleiteantes son iguales? Con harta frecuencia, no”³¹. Menos cuando quien está en juicio –sea como actor o como demandado– es el Estado, que en rigor de verdad, somos todos.

Como se ha sugerido en fecha reciente, si bien en todos los casos el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes debe ser ejercido con la máxima prudencia, en su ejercicio debe extremarse el cuidado para no confundir las propias convicciones con lo que prescribe la Constitución. La

²⁸ Fallos 328:1491.

²⁹ Fallos 155:348; 311:2580..

³⁰ Fallos 253:362; 257:127; 308:1631, entre otros.

³¹ A. NIETO, op. cit., p. 105.

declaración de inconstitucionalidad sólo procede cuando esta sea manifiesta y no ante cualquier duda³².

La presunción de inconstitucionalidad de las normas no puede ser la regla en esta democracia. La regla parte de una responsabilidad compartida de todos para encausar nuestra actividad hacia su mejoramiento.

Al decir de NINO, que parece claro que “para neutralizar tanto la anomia institucional como la que se da en la vida social argentina en general hay que dar absoluta prioridad al funcionamiento adecuado del Poder Judicial”³³. Esta es una discusión que debe darse con madurez jurídica y política.

Recordamos que el Estado Constitucional de Derecho que estructura nuestra Ley Fundamental, establece el deber en los órganos jurisdiccionales de controlar la razonabilidad de los actos de los otros poderes del Estado. La ponderación de medios y fines debe hacerse desde el anclaje en el sistema de derechos humanos garantizado por la Constitución, al cual debe subordinarse la teoría de la limitación, de la colisión y de la interpretación constitucional, teniendo en cuenta también la tésis personalista, dignificante de la condición humana, que imprimió nuestra Constitución desde su sanción histórica³⁴.

Esperamos haber colaborado de este modo a instalar el debate sobre aquello que no se discute abiertamente: la responsabilidad social del abogado y del juez frente a una sociedad que tiende (o debería tender) a un orden bajo, al menos, una concepción de qué es lo que entendemos por Justicia y su rol en el Estado de Derecho³⁵.

³² CSJN, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar” (Expte. N° 3034/13), sentencia de 18/6/2013, voto en disidencia del Dr. ZAFFARONI.

³³ C. NINO, op. cit., p. 203.

³⁴ NICOLÁS DIANA - GONZALO S. KODELIA, *Sinceridad y justicia: 18 años después*, LL, 2005-E, 320.

³⁵ Según RAWLS, “una sociedad está bien ordenada por una concepción de la justicia significa tres cosas: 1) que es una sociedad en la que todos los ciudadanos aceptan, y reconocen mutuamente que aceptan, los mismos principios de justicia; 2) que es públicamente sabido, o creído por buenas razones, que su estructura básica, sus principales instituciones políticas y sociales y el modo en que encajan en un sistema de cooperación, satisfacen esos principios; y 3) que los ciudadanos tienen un sentido normalmente efectivo de la justicia, es decir, un sentido que les permite entender y aplicar los principios de justicia y obrar mayoritariamente de acuerdo con ellos según lo exijan las circunstancias. La unidad social así entendida es la concepción más deseable de la unidad que tenemos a nuestra disposición: es el límite del óptimo práctico” (JOHN RAWLS (trad. ANDRÉS DE FRANCISCO), *La justicia como equidad. Una reformulación*, Paidós, Buenos Aires, 2004, ps. 262-263).

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina