

LA RESPUESTA DEL PODER EJECUTIVO FRENTE A LAS DECLARACIONES JUDICIALES DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL DIÁLOGO ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

*Marina WAGMAISTER**

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2020

Fecha de aprobación: 25 de mayo de 2020

Resumen

La actividad del poder ejecutivo se rige por el principio de legalidad, lo cual implica que debe fundarse siempre en la legislación vigente. Este presupuesto de actuación estatal puede causar tensiones entre los tres poderes cuando el poder judicial, en ejercicio del control de constitucionalidad que le corresponde, juzga una determinada norma como inválida. Para tender a la protección de los derechos constitucionales y, a su vez, los principios democráticos, se propone un mejor diálogo entre los poderes que incluya, en un rol especial, a la sociedad.

Palabras clave

Competencia – control de constitucionalidad - democracia – división de poderes – participación ciudadana

* Abogada con orientación en derecho administrativo graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA - Argentina).

THE EXECUTIVE BRANCH'S REPLY TO JUDICIAL DECLARATIONS OF UNCONSTITUTIONALITY AND DIALOGUES BETWEEN THE STATE BRANCHES IN THE ARGENTINE REPUBLIC

Abstract

The activity of the executive branch depends on the rule of law, which implies that it shall always be grounded on existing legislation. This requirement for state action may cause tensions between its three branches when the judiciary, in exercise of its constitutionality control, determines that a certain norm is invalid. In order to achieve better protection of constitutional rights alongside with the due respect to democratic principles at stake, there should be an enhanced dialogue between the branches including society in a special position.

Keywords

Constitutionality control - democracy - jurisdiction – public participation – separation of powers

1. Introducción

En Argentina, toda actuación del Poder Ejecutivo Nacional (el “PEN”) se plasma en actos administrativos. En ese sentido, GORDILLO (2011) puntualiza que “la raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los órganos administrativos, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa. [... A]cto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa” (p. I-11). COMADIRA (2011) ha dicho que (p. 5):

[e]n el marco dogmático de la L.N.P.A, es posible concebir el acto administrativo como una declaración emitida por un órgano estatal, o un ente público no estatal, en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros.

Así, los requisitos esenciales de los actos administrativos y, por tanto, de la actividad del PEN, surgen de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549 (la "LPA"). Entre ellos, se destacan los presupuestos de competencia y causa. Al respecto, la LPA dispone que "[s]on requisitos esenciales del acto administrativo [...] ser dictado por autoridad competente [...] sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable" (art. 7°, incs. a y b), entre otros. A su vez y puntualmente acerca del requisito de competencia del órgano, establece que "[l]a competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia" (art. 3°).

De modo que la actuación del PEN está condicionada por su competencia que, al mismo tiempo, es de carácter excepcional y se sujeta al principio de legalidad. HUTCHINSON (2014) lo resume del siguiente modo (p. 33):

la Administración, a diferencia del Poder Judicial, no actúa "directamente" para la aplicación de la ley. A aquélla lo que le preocupa, en primer lugar y de modo directo, es la consecución de los fines prácticos de interés general; satisfacer el bien común. La actividad administrativa es concreta, satisface inmediata y continuamente las necesidades colectivas. [...] Pero en todos los casos la Administración ha de obrar conforme a derecho. Éste es para ella un medio, no un fin. Mientras que el juez aplica la ley para el restablecimiento del orden jurídico perturbado, la Administración lo hace para el mejor cumplimiento del interés general.

Ahora bien, la Constitución Nacional (la "CN") pone el Poder Judicial de la Nación (el "PJN") en cabeza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (la "CSJN") (art. 108). Entre las competencias que le corresponden a la CSJN, se destaca "el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación" (art. 116). De esta manera y como se desarrolla debajo, en ocasiones, la CSJN declara la inconstitucionalidad (que implica su inaplicabilidad al caso concreto) de una ley o un reglamento con efectos entre las partes.

En tal contexto, la idea de este trabajo es analizar el diálogo entre el PJN y el PEN, en ejercicio de sus funciones principales (jurisdiccional y administrativa, respectivamente), cuando una norma es considerada inconstitucional en sede judicial. Particularmente, lo que

aquí interesa es cómo procede el PEN cuando ésta sirve de causa o atribución de competencia, necesarias para la materialización de una cierta actuación administrativa. A su vez, cuál es (o debería ser) la esfera de injerencia de estos poderes en estas circunstancias y cómo deberían relacionarse con respeto a la supremacía de la CN, por un lado, y la democracia, por el otro.

2. Poder Judicial de la Nación y control de constitucionalidad

Para empezar, la CN, junto con la Ley de Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales N° 48 y el Decreto-Ley N° 1285 del 4 de febrero de 1958, instituyeron un sistema judicial de instancias y competencias territoriales, por un lado, y materiales, por el otro. Se trata de una organización del PJN con una distribución piramidal de competencias, con líneas verticales y horizontales y con la CSJN en la cúspide. En ese escenario, Argentina tiene un sistema de control de constitucionalidad difuso, como el que fuera instalado por la Corte Suprema de los Estados Unidos (1803) en el caso *Marbury v. Madison*. En tal oportunidad, analizó sus propias atribuciones para concluir que (traducido en PETRACCHI, 1964):

[c]onstituye enfáticamente un deber del poder judicial y es de su competencia, decir lo que la ley es. Aquellos que aplican la norma a casos particulares deben necesariamente explicar e interpretar dicha norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí, las cortes deben decidir cuál es la efectiva.

Así si una ley se opone a la constitución: y ambas, la ley y la constitución se aplican a un caso particular, la corte debe o bien decidir el caso conforme a la ley dejando de lado la constitución, o bien conforme a la constitución dejando de lado la ley: la corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige el caso. Esto es de la misma esencia del deber judicial.

Entonces, si las cortes deben contemplar la constitución y la constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, la constitución, y no tal ley ordinaria debe regir el caso al cual ambas se aplican. [... L]a peculiar fraseología de la constitución de los Estados Unidos confirma y refuerza el principio, que se supone esencial a todas las constituciones

escritas, que una ley repugnante a la constitución es nula, y que las cortes, tanto como otros departamentos se hallan legalmente obligados por ese instrumento.

Primero, cabe cuestionarse si la CSJN es también la última intérprete de la CN, si tiene la última palabra, como ocurre en los Estados Unidos de América. Sobre ese punto, por ejemplo, ALEXANDER y SCHAUER (1997) sostienen que el estado de derecho implica que los agentes estatales deben obedecer las interpretaciones que la Corte Suprema efectúa de la Constitución y regir su actuación conforme aquéllas, incluso si consideran que son erróneas (TUSHNET, 1998: 953). Sin embargo, en Argentina, el escenario es otro. La función de control de constitucionalidad también es encabezada por la CSJN y les pertenece a todos los tribunales, tanto los federales como los provinciales; pero la jurisprudencia de la CSJN tiene otro alcance. De hecho, dado que (MILLER, GELLI y CAYUSO, 1987: 2)

es casi obligatoria para los tribunales inferiores cuando se encuentran ante casos similares, y que generalmente la Corte respeta su propia jurisprudencia y cuando la cambia lo hace en forma consciente con principios elaborados, el cuerpo de jurisprudencia de la Corte Suprema conforma en gran parte lo que es el derecho constitucional. Del mismo modo que el texto de la Constitución, los fallos de la Corte Suprema son "materia prima" porque son éstos los que le dan vida y sentido al texto constitucional.

Dicho lo anterior, el *leading case* estadounidense fue importado por nuestra CSJN (1887), en primer lugar, en el caso *Sojo*, cuando consideró que

[e]l "palladium" de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el "palladium" de la libertad es la Constitución, esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal.

Algunos años más tarde, la CSJN (1893) se pronunció en el caso *Cullen c/ Llerena* y completó su incorporación del precedente *Marbury v. Madison*, particularmente, en lo

referido al límite que le imponen las cuestiones políticas, es decir, las de soberanía (MILLER, GELLI y CAYUSO, 1987: 160). Sostuvo que

[s]i como queda demostrado, la materia [...] es de resorte de los poderes políticos, y sus decisiones al respecto no pueden ser controvertidas por el departamento judicial, no pueden contestarse las facultades de aquellos para decidir tanto sobre el fondo, como sobre la forma de sus deliberaciones; así cuando se dicta la ley, como cuando se resuelve todo asunto comprendido en sus atribuciones constitucionales. Es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente.

De modo que la CSJN (al igual que los restantes tribunales inferiores) efectúa un control de constitucionalidad, caso por caso, en aquellas causas en las cuales se presente un conflicto entre la CN y otra norma, con el límite de las cuestiones políticas. Este control tiene efectos entre las partes. Así lo ha ratificado la propia CSJN al sostener que éste se realiza “como aspecto de un litigio común y como medida tendiente a superar el obstáculo que deriva de aquéllos para el reconocimiento del derecho invocado por la parte que los impugna” (*Bejarno Silverio* [1872], en *Fallos* 12:372; *Cabral* [1902], en *Fallos* 95:51; *Baeza* [1984], en *Fallos* 306:1125; entre otros). Más precisamente, la CSJN sostuvo que (*Ganadera Los Lagos* [1941], en *Fallos*: 190:142):

[p]ara mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar un desequilibrio de los tres poderes es indispensable que exista un pleito, una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional.

También se expidió en el sentido que “[l]a declaración de invalidez constitucional no supone la derogación de la ley sino tan sólo la imposibilidad de aplicarla al caso que ha sido materia de juzgamiento” (*Morixe Hnos.* [1996], en *Fallos* 319:1524).

Por su parte, el PEN acepta y reconoce que se trata de una atribución del PJN. En tal sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación (la "PTN") (2001) ha dicho que "[n]o corresponde al Poder Ejecutivo declarar la inconstitucionalidad de leyes nacionales, por corresponderle esto al Poder Judicial" (*Dictámenes* 239:285). Similarmente, ha dicho que '[l]a declaración de inconstitucionalidad de las leyes es una atribución del Poder Judicial, y los cambios en la plataforma fáctica y jurídica de los casos, aun cuando fuesen mínimos, no autorizan al Poder Ejecutivo a extender los efectos del precedente judicial' (2017, en *Dictámenes* 300:158).

3. La vigencia de la norma inconstitucional

El hecho de que este control se realice en el caso concreto implica que una eventual declaración de inconstitucionalidad tenga efectos entre las partes. Esto, a su vez, acarrea el mantenimiento de la vigencia de la norma en cuestión y, por tanto, su aplicabilidad en sede administrativa, en principio. El PJN no puede derogar (ni ordenar la derogación) de las leyes o los actos administrativos reglamentarios, en tanto que tal decisión le correspondería, a todo evento, al Poder Legislativo Nacional (el "PLN") y al PEN, respectivamente.

Al respecto, MORESO MATEOS (1993) distingue entre normas válidas, por su legalidad, y obligatorias, por la obligatoriedad en su aplicación, y reflexiona, en torno a ello, que 'no hay contradicción en sostener que una norma es inválida y a la vez afirmar que determinado órgano tiene la obligación de aplicarla' (p. 102). Concluye, con cita de WEYLAND (1986), que (p. 104):

[u]na vez se admite que el concepto de Kelsen de sistema jurídico no puede dar cuenta de todo lo que tiene la apariencia de ser válido, las normas que no satisfacen las condiciones de validez de Kelsen y que tienen, sin embargo, efectos jurídicos deben ser consideradas parte de una noción más amplia de Derecho positivo y debe usarse un término diferente para describirlas. Yo propongo llamarlas "normas en vigor" [...] y definir las como normas que [...] han sido promulgadas por individuos que parece que actúan como órganos jurídicos competentes, aunque no cumplan con los requisitos establecidos por una o más de las normas que regulan su conducta.

En otros términos, CASSAGNE (1997) distingue los conceptos de (i)legitimidad y de (in)validez de las normas. Sobre ello, dice que

la legalidad o ilegalidad constituye el resultado de una constatación en la que el operador jurídico contrasta el acto con la norma y verifica si se encuentran o no en concordancia. Aun siendo ello parcialmente cierto, preferimos desde hace algún tiempo, acudir al concepto de legitimidad (como comprensivo de la norma positiva y de los principios generales del derecho, aun cuando éstos no tengan rango positivo) abarcando así tanto la legalidad como la razonabilidad y justicia, o sea, el derecho y no sólo la ley (que para un sector doctrinario configura el principio de juridicidad).

El análisis acerca de la validez o invalidez del acto administrativo —a diferencia del que se haga sobre la legitimidad o ilegitimidad— requiere de una valoración o calificación para poderlas declarar por parte de quien aplica el ordenamiento, luego de haber efectuado el juicio de verificación acerca de la legitimidad o ilegitimidad del acto en cuestión.

Es decir que la declaración de inconstitucionalidad de una norma en sede judicial no obstaría su eventual aplicación por parte del PEN. Sin embargo, la PTN (2001) ha considerado que, aunque al PEN no le corresponda pronunciarse sobre la (in)constitucionalidad de una norma, “sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional” (*Dictámenes* 239:285). Para así sostenerlo, consideró que (2002: *Dictámenes* 242:626):

[c]orresponde distinguir entre “declaración de inconstitucionalidad” y “abstención de aplicar una norma inconstitucional”. [...] Es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues, si así no lo hiciera transgrediría el orden jerárquico establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

4. Poder Ejecutivo Nacional y aplicación de la norma inconstitucional

Sobre la cuestión del alcance, en sede administrativa, de la declaración de inconstitucionalidad, la PTN (2000) puntualizó que (*Dictámenes* 234:240)

[l]a sentencia que la pronuncia carece de fuerza derogatoria de la norma impugnada. En ello subyace el dogma republicano de división de poderes, que sería afectado si el órgano judicial contara con poder de veto o de anulación de actos inconstitucionales. El sistema judicial de control se reduce a una cuestión de prelación de normas.

Dicho de otra manera, la tacha de inconstitucionalidad de la norma no sería óbice para que ésta rigiera la actuación del PEN y que, en consecuencia, sus órganos dictaran los correspondientes actos administrativos con causa en aquélla. Ahora bien, frente a ello, cabe recordar que la competencia de los órganos es obligatoria según el artículo 3° de la LPA. Sin embargo, todo parece indicar que esta obligatoriedad de la competencia se degrada a una facultad cuando se trata de una norma inconstitucional. De hecho, se reitera que ese es el criterio rector adoptado por la PTN (1981), que ha sostenido, que

el Poder Ejecutivo carece de facultades para declarar la inconstitucionalidad de las leyes nacionales (*Dictámenes* 67:189; 72:132; 136:400; etc.), aunque puede [...] abstenerse de aplicarlas [...] si la Corte Suprema ha establecido en casos concretos que resultan objetables (*Dictámenes* 114:45). Además, posee la obligación de propiciar la reforma de la ley, o si no hubiere sido aún promulgada, de vetarla (*Dictámenes* 159:83 y sus citas).

Esta facultad de aplicar (o descartar) la norma inconstitucional, a su vez, tiene sus límites. El PEN

sólo podrá ejercerla con suma prudencia y en casos extremos, en que aparezca la violación constitucional de un modo indudable y manifiesto, en virtud del principio de división de poderes, que hace a la esencia de nuestro régimen constitucional (PTN, 2001: *Dictámenes* 239:285).

Finalmente y a modo de reseña, recientemente, la PTN (2017) efectuó un acertado análisis de la cuestión, ilustrativo del criterio que construyó con el paso del tiempo (*Dictámenes* 300:158):

la separación de poderes exige un escrutinio riguroso acerca de las condiciones bajo las cuales una sentencia puede ser aplicada por la Administración a otro caso, a efectos de inaplicar una ley tachada de inconstitucional. [...]

[E]l Poder Ejecutivo puede proceder de esa manera cuando no existe ninguna diferencia apreciable entre el marco fáctico y jurídico del precedente judicial y del caso a decidir en sede administrativa. En ese contexto particular, el juicio de compatibilidad entre la ley y la Constitución es realizado por el tribunal y no por el Poder Ejecutivo, aun cuando éste se valga de aquel pronunciamiento para decidir un caso posterior. Asimismo, debe resultar indudable que el planteo a dirimir en sede administrativa se ajusta a lo decidido por la Corte Suprema, en su condición de máximo intérprete de la Constitución Nacional. [...]

[E]s importante advertir que lo dicho no importa que el Poder Ejecutivo pueda extender la decisión judicial a otro caso con el que existan diferencias, aun cuando entienda que estas no son jurídicamente relevantes (situaciones sustancialmente análogas). La diferencia entre un supuesto y otro quizá pueda ser sutil, pero no por ello resulta intrascendente. El Ejecutivo no puede trasladar la doctrina de un caso judicial a otro parecido para prescindir del mandato legal. Ello es así porque, como principio, no corresponde a esta rama del gobierno declarar la inconstitucionalidad de las leyes, aun si hubiere argumentos sólidos contra la validez de la norma impugnada. En suma, si existen matices entre el caso decidido por la Corte y el que le toca resolver a la Administración, la evaluación de la trascendencia jurídica de esas diferencias —a los efectos de una tacha de inconstitucionalidad— es resorte del Poder Judicial.

A esta altura, es posible formular el siguiente reparo: los casos a resolver nunca son idénticos y, en consecuencia, la posibilidad de que el Poder Ejecutivo se aparte de las prescripciones de la ley a partir de un precedente judicial resulta prácticamente nula. Es cierto que resulta improbable que entre un fallo y la situación a resolver en sede administrativa exista una relación de identidad en sentido estricto. Con todo, es plausible que se den supuestos en los que pueda sostenerse, más allá de toda duda razonable, que las diferencias entre los casos resultan jurídicamente intrascendentes (quizá el campo más propicio para ello sea el de las cuestiones de puro derecho). Por otra parte, corresponde evaluar con criterio estricto la concurrencia de las condiciones que permiten a la Administración valerse de la declaración judicial de inconstitucionalidad de una ley, cuando la Corte Suprema no ha atribuido a ese pronunciamiento alcance erga omnes.

De lo anterior, se deduce que la propia CSJN reconoce el alcance, estrictamente al caso concreto, de sus juicios sobre la (in)constitucionalidad de normas. A su vez, el PEN admite que ese juicio le corresponde al PJN y que su discrecionalidad para regir su actuación (o no) por dichas normas es muy limitada. De hecho, la posibilidad de apartarse de la norma inconstitucional opera como una excepción al principio general de obligatoriedad de la competencia, que surge de la LPA y de los efectos (en el caso concreto) de la declaración de inconstitucionalidad, que es, a su vez, derivación del principio democrático de división de poderes.

5. Particularidades de la declaración de inconstitucionalidad del acto administrativo

Hasta aquí, está claro que, frente a la inconstitucionalidad de una ley, el PEN puede, en los términos anteriormente reseñados, aplicarla o no en su actuación. A su vez, tiene un deber implícito de instar su modificación o derogación ante el PLN. Pero merece un análisis aislado el caso de la inconstitucionalidad de un acto administrativo. Cabría, en este punto, preguntarse si se rompería su presunción de legitimidad o si, incluso, podría implicar su nulidad. CASSAGNE (1997), por ejemplo, abona más a la primera hipótesis. Sostiene que, ante

la lesión que sufre un particular por la violación a sus derechos constitucionales, se produce lo que él llama “una nueva categoría de invalidez”,

que juega, por una parte, en un plano mucho más amplio que la nulidad absoluta pero, al propio tiempo, también más acotado, al limitarse a los actos que sean lesivos de los derechos y garantías constitucionales, siempre que dicha lesión se lleve a cabo con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas lo que, además, despoja al acto administrativo de la presunción de legitimidad.

Sobre lo segundo, no se puede soslayar que la LPA impone al PEN la obligación de revocar o sustituir el acto administrativo afectado de nulidad absoluta, salvo que “el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo”. En este último caso, debe requerir la declaración de nulidad en sede judicial (art. 17, LPA), a la cual me referiré debajo. A su vez, la LPA define como actos nulos “de nulidad absoluta e insanable”, entre otros, los emitidos por órgano incompetente, salvo las excepciones allí previstas; los que ostenten vicios en su elemento causa, cuando el derecho invocado es inexistente o falso; o por violación de la ley aplicable” (art. 14, inc .b, LPA).

En cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de los reglamentos, LEGARRE y RIVERA (2006) citan a BIANCHI (2002) y puntualizan, con acierto, que

el carácter difuso de la jurisdicción contenciosoadministrativa hace imposible el reconocimiento de efectos erga omnes a cualquier sentencia que declara la nulidad de un reglamento administrativo. Como afirma este autor, si cualquier tribunal judicial “pudiera decretar la nulidad de un reglamento con fuerza derogatoria, podría sobrevenir el caos. Un reglamento que está siendo aplicado por varios tribunales a la vez podría correr suertes muy diversas”.

En tal sentido, por ejemplo, si la CSJN valorara un reglamento y lo considerara contrario a la CN, su validez debería resignificarse en sede administrativa en virtud de lo ordenado por la LPA. En otras palabras, si la CSJN estuviera en lo correcto, el reglamento en cuestión habría sido dictado “en violación de la ley aplicable”. En este punto, un breve paréntesis acerca de la figura de la acción de lesividad, supuesto en el cual el PJN puede, válidamente, ordenar la revocación de un acto administrativo. Es el escenario en el cual,

conforme la LPA, el PEN, de oficio o a pedido de parte, se dirige al PJN a requerir la anulación de un acto administrativo firme y que ha generado derechos a particulares que están en ejecución. Se trata de

aquel proceso administrativo especial cuyo objeto es la pretensión deducida por una entidad pública en relación a un acto de la misma que no puede revocar «per se». La interposición de la acción de lesividad da lugar a un proceso jurisdiccional en el que se examina la pretensión deducida por un sujeto de derecho frente a otro (DROMI CASAS, 1979, pp. 209-210).

O bien el

instrumento procesal idóneo para que el propio Estado pueda poner en vigencia el principio de legalidad o juridicidad [...], ante la presencia de actos viciados que no puede anular en su propia sede. Es una prerrogativa que tiene, la cual le permite, a diferencia de los particulares y en aras de la defensa de la juridicidad, invocar su propia torpeza (COVIELLO, 2015).

Si bien no hay consenso acerca de si procede (o no) contra los actos de alcance general, la mayoría de la doctrina entiende que la acción de lesividad se refiere a la revocación judicial de los actos administrativos de alcance particular (Comadira, 2017 y sus citas). De cualquier manera, aun si procediera y la revocación del reglamento se produjera en el PJN, siempre sería a instancias del PEN. A su vez, el principio de paralelismo en la competencia determina que la competencia para modificar o revocar un determinado acto administrativo le corresponde al órgano que lo dictó en primer lugar (PTN, 2018: *Dictámenes* 305:212).

Por tal motivo, si el PJN declara la inconstitucionalidad de un acto administrativo, su órgano emisor sería el único competente para juzgar su nulidad y, consecuentemente, regularizarlo (o instar a su regularización). De modo que, frente a la declaración de inconstitucionalidad de un reglamento y más allá de sus efectos en el caso particular, sólo el órgano del PEN emisor del acto tachado por la CSJN podría revocarlo, modificarlo o sustituirlo para que su adaptación al derecho vigente tenga efectos *erga omnes*. De hecho, el PEN no podría simplemente abstenerse de aplicarlo, (como sí puede hacer en casos muy

excepcionales con las leyes tachadas de inconstitucionales), en virtud del llamado principio de inderogabilidad singular del reglamento. Éste es una derivación de la presunción de legitimidad del acto y del principio de legalidad y sujeta toda decisión individual a la regla general preestablecida (GORDILLO, 2017: VII-25).

6. Panorama actual y tensiones entre el Poder Judicial de la Nación y el Poder Ejecutivo Nacional

De lo analizado hasta aquí surge que frente a una declaración de inconstitucionalidad por el PJN pueden dispararse los siguientes escenarios en el marco de actuación del PEN.

Si se tratara de una ley, el PEN estaría facultado para apartarse de su aplicación, excepcionalmente, al materializar su actividad en actos administrativos. A su vez, debería instar su regularización ante el PLN. No se trataría, *a priori*, de un panorama de conflictos entre el PEN y el PJN. De hecho, reconocen sus respectivas esferas de actuación y no parecen pretender extralimitarse. Incluso, admiten que la eventual materialización de la opinión jurisprudencial sucedería en el PLN. Así, la reacción del PEN frente a una declaración de inconstitucionalidad de una ley podría, válidamente, oscilar entre un relativo acatamiento, si llevara la cuestión al PL, y el desentendimiento, si continuara aplicando la ley sin más. Cualquiera de las dos opciones sería facultativa porque el PEN no es, en rigor, destinatario de la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

Es distinto el caso de la inconstitucionalidad de los actos administrativos. En resumen y partiendo de la base de que dicha valoración implicaría la nulidad del acto, el PEN lo revocaría o modificaría para tender a su regularización (o instaría su revocación ante el PJN si procediera la acción de lesividad); ello, obviamente, si se presume que hay acuerdo entre el PEN y el PJN. Ahora bien, si el PEN rechazara la interpretación efectuada por la CSJN de uno de sus reglamentos, no tendría la obligación formal de regularizarlo ni de abstenerse de aplicarlo, porque, en definitiva, la valoración sobre la nulidad del acto administrativo se efectúa en su ámbito. Así, al propia CSJN ha reconocido que la declaración de inconstitucionalidad solamente acarrea la inaplicabilidad de una determinada regla a un caso concreto.

Ante esto, se observa que, cuando el PLN queda fuera de la escena, pueden ocurrir tensiones entre el PJN y el PEN si sus respectivas valoraciones de un reglamento se contradicen. Las consecuencias pueden reducirse a un choque entre derechos y democracia:

si el reglamento es, en efecto, inconstitucional y el PEN insiste en su aplicación se podría estar apartando sistemáticamente de los derechos de la CN; pero si la CSJN forzara al PEN a desistir de su aplicación o a regularizarlo, se vulneraría la división de poderes.

Por otro lado, la declaración de inconstitucionalidad afecta a un caso concreto, mientras que la norma cuestionada tiene por destinatario a un universo indeterminado de personas. Entonces, en rigor, la relevancia política de este tipo de pronunciamientos por parte del PJN, en el mejor de los casos, sería de algún valor persuasivo; en el peor de los casos, ninguna. Y es que, idealmente, el control de constitucionalidad debería incrementar su eficacia, sin que esto implique menospreciar los principios democráticos por darle mayores atribuciones al PJN que las que le corresponden. Una manera de lograrlo sería el establecimiento de un diálogo entre poderes, que invite a la sociedad a participar. Así, por ejemplo, las declaraciones de inconstitucionalidad servirían como vehículo para introducir temas importantes e incómodos en la agenda legislativa (ROACH, 2004: 54).

7. Hacia un (mejor) diálogo entre poderes

Hasta aquí, se observa que, en Argentina, existe un germen de diálogo entre los poderes. Así, se supone que el PEN debe dirigirse al PLN para que se revise una ley tachada de inconstitucional por el PJN; y, en su caso, revisar internamente sus propios actos. El problema es que esta interacción no es obligatoria, sino ideal. Habitualmente no ocurre o, mejor dicho, ocurre sólo en circunstancias críticas, que, típicamente, involucran a la opinión pública.

Ante la ineficacia del modelo descripto, cabría cuestionarse qué tipo de relación deberían tener los poderes para que exista un balance suficiente entre derechos y democracia. Y es que deberían abandonar su comportamiento de estancos, devenida de una lectura tal vez demasiado rígida del principio de separación de poderes; hacer que este principio ordene los límites en sus interacciones, pero sin aislarlos. Para ello, se necesita un diálogo abierto y claro, que no priorice a ninguno por encima del otro y, fundamentalmente, que invite a la participación activa de la sociedad.

En tal sentido, desde una idea de democracia como deliberación colectiva (GARGARELLA, 2009) o una concepción constitucional de democracia, como la que defiende DWORKIN (1996), su fin último es que las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas que traten a todos los miembros de la comunidad como individuos con igual importancia y respeto. Lo más importante de esta idea es que exige que tales

procedimientos democráticos deriven de una preocupación por la igualdad entre los ciudadanos. El PJN, por su parte, debe basar sus juicios en torno a esta igualdad sobre el reconocimiento de que las democracias representativas requieren que todos los distintos grupos tengan la correspondiente oportunidad de presentar sus reclamos en público. Por otro lado, la idea de que la supremacía de la CN depende de su legitimidad democrática incentiva a la ciudadanía a expresarse acerca de su significado y oponerse al gobierno cuando cree que no la respeta. En este intercambio también se resignifican los derechos allí consagrados (POST y SIEGEL, 2007: 3).

En ese contexto, el PJN tiene un rol importantísimo, pero no es el punto final, sino un punto de partida. A raíz de la interpretación que efectúa de las normas, se ponen (o deberían poner) en marcha otros procesos tendientes a la corrección del derecho vigente, en caso de corresponder. En esos procesos, deben involucrarse los tres poderes, no por sendas paralelas, sino como un engranaje, e incluir a la sociedad. De hecho, el PJN puede aportar un valor agregado a los debates de la sociedad en torno a la justicia, al oír sus reclamos y promover valores y perspectivas que, de lo contrario, no serían tomadas en serio en el proceso legislativo. Esto implica aferrarse a su carácter contramayoritario para proteger las minorías susceptibles de ser discriminadas en los procesos legislativos y administrativos (ROACH, 2004: 71).

Un buen ejemplo del PJN en un rol impulsor activo como el descripto, aunque no se tratara de un planteo de inconstitucionalidad, es el fallo de la CSJN (2008) en el caso Mendoza. A raíz de ese antecedente, se puso en marcha un proceso participativo tendiente a la definición e implementación de un plan para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo. El programa, que la CSJN puso en cabeza de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo, incluye la provisión de información pública a la población y la participación activa de las empresas instaladas en la zona. Finalmente, la CSJN señaló que

es igualmente relevante fortalecer la participación ciudadana en el control del cumplimiento del programa descripto en los considerandos anteriores. Dicho control debe ser organizado mediante la indicación de un coordinador capaz de recibir sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado. [...] Esta autoridad conformará un cuerpo colegiado con los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en la causa en igual carácter de terceros, coordinando su funcionamiento y distribuyendo internamente

las misiones, entre las que se incluyen la recepción de información actualizada y la formulación de planteos concretos ante la Autoridad de Cuenca para el mejor logro del propósito encomendado según criterios de igualdad, especialidad, razonabilidad y eficacia.

Lo ideal sería que la participación de la sociedad no se agote con la elección de sus representantes, sino que sean llamados a opinar en cuestiones referidas a los derechos que regulan su vida. Por ejemplo, más allá de las interacciones que se dispararían entre los poderes estatales, podrían preverse mecanismos de participación ciudadana, para que los sectores afectados opinen acerca de las normas cuestionadas por sentencias de las CSJN; y que, en base a las consideraciones efectuadas en ese marco, el PEN o el PLN, según corresponda, impulsen las reformas necesarias.

El debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más realista de justicia (CSJN, 2016: *Fallos* 339:1077 [caso *CEPIS*]).

Y es que el gobierno republicano no puede sobrevivir sin recurrir constantemente a la virtud pública de sus ciudadanos, que consiste en la ardua participación del pueblo en la política (ACKERMAN, 1984: 1022 y ss.). En forma concordante, RAWLS (1993) y Waldron (1999) se refieren al pluralismo y los consecuentes desacuerdos en la sociedad. Así, el segundo sostiene que una deliberación inclusiva no sólo lleva a resultados mejores, más sensatos y más informados, sino que apunta a respetar la voz y voto de los ciudadanos disidentes (LANDEMORE, 2017: 280). Entonces, a través de mecanismos inclusivos, las sentencias de la CSJN adquirirían mucha más relevancia política, sin que se tornen imperativas en cuestiones que exceden la esfera de actuación del PJN.

8. Conclusión

Como reflexión final, las tensiones entre poderes podrían solucionarse trayendo a la discusión a los representados, pensando mecanismos que involucren su participación, que el diálogo entre poderes los incluya y priorice. De esta manera, el foco se desplazaría del

tradicional debate acerca de cuál de los poderes tiene la última palabra a una nueva polémica acerca de cómo hacerle lugar en la mesa a los destinatarios de los derechos en juego.

Un primer paso sería posicionar al PJN como impulsor de un proceso participativo, por un lado, señalando la necesidad de efectuar ciertas reformas legales a partir del control de constitucionalidad que le corresponde indiscutiblemente, y por el otro, logrando la comunicación constante y continua con el público (POST y SIEGEL, 2007: 9). Para ponerlos en marcha, insisto, el PJN debería oír a los movimientos sociales para la ampliación de la protección de los derechos constitucionales (DIXON, 2018: 778).

La declaración de inconstitucionalidad, entonces, debería dar comienzo a un proceso de deliberación, en el que participe el emisor de la norma y los sectores de la sociedad civil que ostenten un interés legítimo. De esta manera, el PL, si se trata de una ley, o el PEN, si se trata de un reglamento, retendrían sus respectivas atribuciones para reformular la norma o insistir en su vigencia, pero no sin antes oír las voces que correspondan, exponer sus motivos y asumir la responsabilidad política que les quepa.

Me inclino por un modelo en el cual el PEN continúe respondiendo al principio general de obligatoriedad de las leyes vigentes y conserve todas sus atribuciones respecto de sus actos administrativos; que los tres poderes retengan sus respectivas esferas de competencias, pero que, en el marco de su diálogo, la última palabra le corresponda a la sociedad.

Fuentes

ACKERMAN, B. (1984): "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution", en *Yale Law Journal*, volumen 93.

ALEXANDER, L. y SCHAUER, F. (1997) "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", en *Harvard Law Review*, volumen 110. Cambridge, Harvard University Press.

BIANCHI, A. B. (2002) *Control de constitucionalidad*, tomo 1. Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2ª edición.

CASSAGNE, J. C. (1997) "Sobre el sistema de invalidez y los vicios del acto administrativo (a propósito de la doctrina que pretende borrar la distinción entre nulidad y anulabilidad)", en *El Derecho*, ED-DCCLXVI-242.

COMADIRA, J. R. (2011) *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Buenos Aires, La Ley, 6ª reimpresión.

COVIELLO, P. J. J. (2015) "La acción de lesividad y el debido proceso (a propósito de la sentencia de la Corte Suprema in re "AFIP-DGI" del 17-12-13)", en *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, ED-DCCLXXV-589.

DIXON, R. (2018) "Constitutional Rights as Bribes", en *Connecticut Law Review*, volumen 50, número 3. Sidney, University of New South Wales Law Research Series.

DROMI CASAS, J. R. (1979) "Acción de lesividad", en *Revista de la Administración Pública*, número 88.

DWORKIN, R. (1996) "The Moral Reading of the Constitution", en *The New York Time Review of Books* del 21 de marzo de 1996.

GARGARELLA, R. (2009) "Deliberación, procedimientos legislativos y control judicial en la nueva Ley de Medios", en *El Dial*, elDial DC1251.

GORDILLO, A. (2011) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 3. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 10ª edición.

— (2017) *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, tomo 1. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.

HUTCHINSON, T. (2014) *Régimen de procedimientos administrativos*, 9ª edición. Buenos Aires, Editorial Astrea.

LEGARRE, S. y RIVERA, J. C. (h) (2006) "Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y en la Argentina", *El Derecho - Constitucional*, ED-DCCLXVIII-751.

MILLER, J. M., GELLI, M. A. y CAYUSO, S. (1987) *Constitución y poder político*, tomo 1. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma

MORESO MATEOS, J. J. (1993) "Sobre normas inconstitucionales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, número 38.

PETRACCHI, S. (1964) "Marbury vs. Madison (Crangh's Report - Vol. I. p. 49)", en *Lecciones y Ensayos*, número 25.

POST, R. y SIEGEL, R. (2007) "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, volumen 42. Cambridge, Harvard University Press.

RAWLS, J. (1993) "The Domain of the Political and Overlapping Consensus", en *The Idea of Democracy*. Cambridge, Cambridge University Press.

ROACH, K. (2004) "Dialogic Judicial Review and its Critics", en *Supreme Court Review*, volumen 23. Chicago, University of Chicago Press.

TUSHNET, M. (1998) "Two Versions of Judicial Supremacy", en *William & Mary Law Review*, volumen 39.

WALDRON, J. (1999) *The Dignity of Legislation*. Oxford, Oxford University Press.

WEYLAND, I. (1986) "Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norms Conflict", en *Essays on Kelsen*. Oxford, Oxford University Press.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN) (1872) "Bejarno Silverio Villanueva Emilio c/ Municipalidad de la Capital" (*Bejarno*), sentencia del 31 de octubre de 1872, en *Fallos*: 12:372.

— (1887) "D. Eduardo Sojo, por recurso de Habeas Corpus, contra una resolución de la H. Cámara de Diputados de la Nación" (*Sojo*), sentencia del 22 de septiembre de 1887, en *Fallos*: 32:120.

— (1893) "Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fé c/ Doctor Baldomero Llerena s/ inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fé y nulidad" (*Cullen c. Llerena*), sentencia del 7 de septiembre de 1893, en *Fallos*: 53:420.

— (1902) "El escribano Don José V. Cabral; sobre inconstitucionalidad de la ley n° 1893", sentencia del 31 de mayo de 1902, en *Fallos*: 95:51.

— (1941) "Ganadera Los Lagos c/ Nación Argentina" (*Ganadera "Los Lagos"*), sentencia del 30 de junio de 1941, en *Fallos*: 190:142.

— (1984) "Recurso de hecho deducido por Aníbal Roque Baeza en la causa Baeza, Aníbal Roque c/ Nación Argentina", sentencia del 28 de agosto de 1984, en *Fallos*: 306:1125.

— (1996) "Morixe Hnos. SACI. - T.F. 10460 - I - s/ res. apel. de la DGI", sentencia del 20 de agosto de 1996, en *Fallos*: 319:1524.

— (2008) “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, sentencia del 8 de julio de 2008, en *Fallos*: 331:1622.

— (2016) “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016, en *Fallos*: 339:1077.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS (1803) “Marbury v. Madison”, sentencia del 24 de febrero de 1803, en 5 U.S. 1 Cranch 137 137.

Doctrina administrativo

PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN (PTN) (1981) *Dictámenes* 159:83.

— (1990) *Dictámenes* 192:144.

— (2000) *Dictámenes* 234:240.

— (2001) *Dictámenes* 239:285.

— (2002) *Dictámenes* 242:626.

— (2005) *Dictámenes* 255:240.

— (2017) *Dictámenes* 300:158.

— (2018) *Dictámenes* 305:212.