

**Voces:** CONSTITUCION NACIONAL ~ PODER JUDICIAL ~ ADMINISTRACION DE JUSTICIA ~ FACULTADES DEL PODER JUDICIAL ~ JUEZ ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ OBLIGACIONES DEL JUEZ ~ ACTUACION DE OFICIO ~ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ~ CONSTITUCIONALIDAD

**Título:** Inconstitucionalidad. Exigencias temporales del caso judicial

**Autor:** Laplacette, Carlos José

**Publicado en:** LA LEY 23/02/2015, 23/02/2015, 1

**Cita Online:** AR/DOC/4623/2014

**Sumario:** 1. La actualidad del conflicto. — 2. Los planteos prematuros. — 3. Elementos que configuran la actualidad del conflicto. — 4. Las dificultades frente al caso concreto. — 5. La promulgación de la ley y la actualidad del conflicto. — 6. A modo de conclusión.

**Abstract:** Si hay un peligro concreto y real para los derechos de los individuos, y el planteo de inconstitucionalidad se funde en argumentos generales, independientes de la aplicación concreta de la norma (facial challenge), posponer el control judicial, lejos de ser una exigencia constitucional o una muestra de prudencia, implicará renunciar a ejercer la función impuesta por el artículo 116 de la Ley Fundamental, al tiempo que constituiría una violación del derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva del interesado.

### 1. La actualidad del conflicto

El Poder Judicial no controla la constitucionalidad de una norma por mera curiosidad, sino para resolver un conflicto. Aun cuando la pretensión contenida en la demanda se trate de un reclamo concreto y no de una mera opinión consultiva, y sea presentada por quien se encuentra legitimado para ello, esa pretensión no puede ser llevada a conocimiento del tribunal en cualquier momento, sino recién cuando el conflicto existe de modo efectivo y actual.

Puede ocurrir que el conflicto no tenga actualidad, ya sea porque la cuestión a determinar pertenece a un futuro meramente hipotético o porque durante el transcurso del proceso la situación fáctica o jurídica se modifica de modo tal que torna estéril la intervención judicial. Dicho de otro modo, toda acción judicial que se intente en pos de obtener una declaración de inconstitucionalidad tiene que ser efectuada en tiempo oportuno; si la acción ya no es procedente o si el tema a decidir ha perdido interés, no se podrá lograr una solución útil al planteo efectuado (1).

Los planteos prematuros tienen su contracara en aquellos que devienen abstractos; es decir, aquellas causas en las que, si bien al momento de haber sido llevadas a conocimiento de la judicatura reunían todas las características del caso judicial, durante el trámite del proceso tienen lugar circunstancias sobrevinientes que tornan estéril el dictado de una sentencia sobre el fondo de la controversia. Recurriendo a un ejemplo, podemos afirmar que así como no tiene sentido controlar la constitucionalidad del régimen de distribución de bienes en caso de divorcio, luego de que los conyugues se reconciliaron, tampoco tiene sentido llevar adelante ese análisis antes de que exista la voluntad de divorciarse.

Aun cuando hay claras similitudes en los fundamentos de ambas doctrinas, existen diferencias y particularidades marcadas entre ellas, por lo que no resulta conveniente reducirlas a una única denominación. De esta forma, creemos que es conveniente analizar por separado a las cuestiones prematuras y a aquellas que devienen abstractas. Tal es lo que ocurre en la doctrina norteamericana, donde se distingue entre doctrina del ripeness, la cual excluye de los tribunales aquellos casos que son prematuros (demasiados especulativos o remotos para autorizar la intervención judicial), de la doctrina del mootness, por la cual se impide a los tribunales oír aquellos casos en los que acontecimientos subsiguientes a la institución del pleito privan al demandante de un interés jurídicamente atendible en el dictado de la sentencia (2).

El requisito de la actualidad del planteo judicial guarda una estrechísima relación con otros elementos configurativos de la causa o controversia. Así ocurre tanto con la prohibición del dictado de opiniones consultivas, como con el requisito de la legitimación. Suele entenderse que un pronunciamiento del Poder Judicial que se emita luego de que la controversia haya concluido o antes de que éste tenga verdaderamente lugar, se asemeja en mucho a una mera declaración u opinión consultiva cuya improcedencia en nuestro derecho ya hemos analizado.

Por otro lado, la exigencia del mantenimiento en el tiempo del interés por el cual se reclama a fin de que la causa no devenga abstracta, ha llevado a definir a esta exigencia como a la doctrina de la legitimación puesta en un marco temporal, es decir, el interés personal que necesariamente debe existir al comienzo del pleito (standing) debe continuar durante toda su existencia (mootness) (3).

Existirá un amplio acuerdo si afirmamos que no corresponde al poder judicial emitir declaraciones generales acerca de cómo sería o debería ser el porvenir. Antes de que los hechos ocurran o estén próximos a ocurrir, no puede los jueces intentar arrogarse una facultad de regular el futuro. Ella solo pueden reclamarla los poderes políticos en sus respectivos ámbitos de actuación; en particular el Congreso federal, al cual la Constitución Nacional ha investido con el poder legislativo de la Nación (art. 44). También estaremos de acuerdo si

señalamos que juzgar u opinar sobre el pasado, sin que de ello se derive alguna consecuencia concreta en el presente, parece ser tarea propia de los historiadores mucho más que de la magistratura.

Si bien esas premisas son simples, es frente a los casos concretos donde la línea divisoria comienza a palidecer, y resplandecerán, en su lugar, las dudas y las dificultades. En otra ocasión nos hemos ocupado del análisis de los casos que devienen abstractos (4), en este trabajo centraremos la atención en el otro extremo de la ecuación.

## 2. Los planteos prematuros

Los conflictos intersubjetivos, cuya resolución constituye la competencia propia del Poder Judicial, no siempre se generan de modo súbito. En muchas ocasiones, antes de que un daño real y concreto tenga lugar, es posible que alguna de las partes advierta la posibilidad de que el mismo se origine en un futuro más o menos cercano y más o menos hipotético. Si bien la intervención del Poder Judicial no requiere, de modo inevitable, que hayan tenido lugar aquellas conductas que se consideran lesivas de derechos constitucionales, sí es necesario, en cambio, algún grado de probabilidad de que ellas ocurran en un futuro próximo.

Desde hace ya muchas décadas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que no le corresponde establecer reglas para casos aún no litigados (5), ni resolver planteos o agravios hipotéticos o conjeturales (6). Explicaba hace tiempo Vanossi que "se trata, evidentemente, de casos abstractos cuando no se ha intentado aún la ejecución de las normas cuya supuesta inconstitucionalidad causa el agravio del recurrente prematuro" (7). Sobre premisas similares, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha elaborado la doctrina de la madurez (ripeness) o actualidad del planteo, rechazando la posibilidad de emitir una sentencia sobre el fondo cuando el planteo se considera prematuro (not ripe), queriendo afirmar con ello que el mismo no se encuentra listo aún para permitir su revisión judicial.

Si bien la doctrina constitucional del ripeness se desarrolló con posterioridad, es posible destacar que la idea de la madurez es un viejo concepto en el derecho estadounidense, ya en 1835 Marshall utilizó el término ripe para describir un caso como adecuado para su decisión judicial (8).

Se considera que el desarrollo moderno de la doctrina de la madurez del conflicto tiene su punto de arranque en *United Public Workers v. Mitchell* (9) del año 1947. En esta causa, la Suprema Corte analizó la procedencia de una demanda interpuesta por la Unión de Trabajadores del Estado y muchos de sus miembros, contra una ley que prohibía a los empleados del Poder Ejecutivo Federal tomar parte en actividades políticas. Con la sola excepción de uno de los actores, el resto no había sufrido ningún tipo de cargo por violar esa disposición, pero manifestaba su voluntad de realizar las actividades prohibidas. La Corte dictó sentencia sobre el fondo respecto de la persona que era acusada de incurrir en las conductas reprochadas, afirmando que las actividades contenidas en la imputación podían ser base para la acción disciplinaria sin que se vulnerara la Constitución. Pero respecto del resto de los actores consideró que no existía aún una causa o controversia. Y advirtió que "una amenaza hipotética es insuficiente... si los tribunales tratasen de expandir su poder para traer bajo su jurisdicción controversias no definidas sobre casos constitucionales, se convertirían en un órgano de teorías políticas". La doctrina de este caso fue luego modificada, aceptando el control de constitucionalidad en estadios mucho más tempranos del actuar estatal, lo cual ha ocurrido de modo muy especial en casos que involucran a la libertad de expresión o cuando existe la amenaza de una sanción. Así y todo, es un buen ejemplo para advertir el funcionamiento de esta regla en sus orígenes.

Distintas consideraciones sirven para dar apoyo a esta doctrina; muchas de ellas vinculadas a razones de prudencia judicial. Se explica, por ejemplo que hasta tanto la controversia no se torne en concreta, es difícil para los tribunales evaluar los méritos prácticos de la posición de cada una de las partes. Ello es particularmente importante frente a casos complejos, donde los tribunales habitualmente exigen hechos concretos para conocer más sobre los efectos reales de ejecución de una norma (10). Se afirma que este recaudo asegura que una cuestión sea planteada en el momento adecuado para su consideración, en especial que los hechos se hayan desarrollado hasta el punto en el cual la intervención judicial resulte apropiada, y exista suficiente potencial de daño para justificar que el tribunal analice los planteos del actor (11).

También se afirma que si la cuestión es concreta, el tribunal quizás pueda encontrar una forma de interpretar la ley de manera tal de evitar o minimizar el conflicto constitucional. Al mismo tiempo, si se espera a la aparición de una situación más concreta, es posible que los conflictos constitucionales sean eliminados por sucesos posteriores, evitando una declaración de inconstitucionalidad que, a la postre, hubiera resultando innecesaria (12).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha fincado esta doctrina en la necesidad de evitar la sobrejudicialización de los tribunales (13). De modo similar se ha afirmado que el principio básico de la exigencia de la madurez del planteo consiste en asegurar que la maquinaria judicial sea conservada para problemas que sean reales y actuales o inminentes, sin desgastarse en problemas abstractos, hipotéticos o remotos (14).

Por su parte, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha señalado que la razón básica de la doctrina de la actualidad o madurez, es "evitar que los tribunales, a través del dictado de un fallo prematuro, se vean enredados

en discusiones abstractas sobre política administrativa, siendo útil también para proteger a las oficinas administrativas de la interferencia judicial, hasta tanto la decisión administrativa haya sido formalizada y sus efectos se hagan sentir en forma concreta para la parte que reclama su control judicial" (15).

Pero más allá de las razones prácticas que podrían conducir a los tribunales a considerar conveniente no llevar a cabo el análisis de la cuestión constitucional, la exigencia también tiene una fuerte impronta constitucional, ya que sólo un caso actual sería una "causa o controversia" en los términos del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos (16), o del artículo 116 de nuestra Ley Fundamental.

Tanto la prohibición de emitir opiniones consultivas, como la exigencia de legitimación en las partes, aun cuando puedan ser teóricamente diferenciables, se hallan sólidamente relacionadas; a punto tal que su consideración en forma completamente autónoma puede hacernos perder de vista su sentido unívoco.

En los casos prematuros, así como en aquellos en los que no existe legitimación, la imposibilidad de dictar sentencia se relaciona con la ausencia de un perjuicio concreto en cabeza del actor, lo que determina la inexistencia de un verdadero conflicto que deba ser resuelto por el Poder Judicial. Al mismo tiempo, si los actos de los cuales busca precaverse el peticionante, no son más que una mera conjetura o una posibilidad sin mayor expectativa de concreción y tampoco le generar ningún perjuicio o incertidumbre actual, la demanda que exigiera el análisis de la cuestión se asemejaría, en mucho, al pedido de un simple dictamen o de una opinión consultiva.

En este último sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que se excedería en mucho la función encomendada al Poder Judicial si se diese trámite a la demanda promovida por la Provincia de San Luis contra el Estado Nacional, a fin de obtener que cese su estado de incertidumbre respecto del alcance, validez y extensión del "Acuerdo de Compensación de Créditos y Deudas", del 18 de diciembre de 2001, celebrado entre ambos, pues su examen sin acto del poder administrador que tenga concreción directa, actual y bastante exigiría emitir un pronunciamiento de carácter teórico, función que le está vedada a la Corte ejercer (17).

Más allá de los acuerdos generales a los que hemos hecho referencia, las discrepancias abundan cuando intentamos trasladarlos a los casos concretos; tanto que se ha considerado que la doctrina de las cuestiones prematuras es cualquier cosa menos simple, entre otros motivos, porque sufre de ciertas turbiedades que dificultan su distinción de otros elementos del caso judicial (18).

### **3. Elementos que configuran la actualidad del conflicto**

Podríamos afirmar que una cuestión constitucional está madura para su control judicial, cuando el acto gubernamental que cuestionado tiene efectos adversos sobre el interés del individuo que efectúa el reclamo, o bien existe un peligro cierto y concreto de que esos efectos adversos ocurran en un futuro lo suficientemente inmediato como para justificar la intervención del Poder Judicial. Hasta que ese efecto adverso o su peligro concreto no estén presentes, no hay en verdad un "caso" o "controversia" si el reclamo se basa en una hipotética aplicación de una norma gubernamental, la cual aún no tiene un impacto actual sobre derechos y obligaciones de los particulares (19).

A fin de intentar establecer cuándo un caso es prematuro y cuándo no lo es, resulta de interés mencionar el caso *Abbott Laboratories v. Garner* (20) de la Suprema Corte de los Estados Unidos, el cual brinda una poderosa herramienta de análisis, seguida por la jurisprudencia posterior, que es de gran utilidad para comenzar a navegar a través de las dificultades que presenta la exigencia de madurez del conflicto en los casos concretos.

En esa causa, treinta y siete laboratorios y la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de la cual formaban parte, impugnaban una nueva regulación de la Administración Federal de Alimentos y Drogas, por la cual debían colocar el nombre genérico de la droga, en cada medicamento y debajo de la marca comercial; ello con la finalidad de que los consumidores pudieran acceder fácilmente a alternativas más económicas.

Los laboratorios cuestionaron la medida, sosteniendo que la nueva regulación era irrazonable y que les generaría grandes costos de impresión. Si bien la autoridad administrativa no había sancionado a ningún laboratorio al momento de iniciar el juicio, las empresas afirmaron que su reclamo no se basaba en un daño actual, sino más bien en el temor de verse ante el dilema de tener que correr el riesgo de ser suspendidas para poder cuestionar la nueva regulación.

La Corte de apelación entendió ante la ausencia de toda actividad administrativa tendiente a aplicar la regulación cuestionada, no existía una causa o controversia actual. El caso llega a la Suprema Corte y ésta, al analizar la cuestión de la existencia o no de un caso judicial, señala que la cuestión debe ser analizada en un doble aspecto, por un lado la aptitud de la demanda para obtener una decisión judicial, y, por otro, el daño que implicaría para las partes que la cuestión no sea analizada por el tribunal (21).

El Tribunal sostuvo que, en ese caso particular, la demanda era apta para activar el control constitucional del reglamento cuestionado, y que el impacto de las regulaciones era suficientemente directo e inmediato como para permitir el control judicial en ese estado del conflicto. Las normas cuestionadas se encontraban vigentes y eran directamente aplicables desde su publicación, por lo que las empresas se hallaban ante la disyuntiva de incurrir en grandes costos para adecuarse a la misma, o correr el riesgo de ser sancionadas administrativa y penalmente

en caso de que su planteo fuese finalmente rechazado. Y termina por señalar el Tribunal que "donde la cuestión legal que se presenta es apta para una resolución judicial, y donde una regulación requiere un inmediato y significativo cambio en la actividad de los justiciables con una grave penalidad en caso de incumplimiento, el acceso a los tribunales debe ser permitido, a menos que exista alguna barrera estatutaria u otra circunstancia inusual, ninguna de las cuales se hallan presentes aquí".

De esa sentencia surgen dos recaudos positivos y uno negativo para considerar maduro un caso. Los dos primeros son la aptitud del planteo (fitness) y la intensidad del daño (hardship) que implicaría para el justiciable postergar el acceso a los tribunales; en cuanto a los recaudos negativos, el mismo consiste en la inexistencia de un recaudo legal que impida ejercer en forma actual el control judicial.

### 3.1. La aptitud del planteo

El primer test para establecer si la cuestión es actual, está dado por la necesidad de determinar si ella es adecuada para su resolución judicial. Ello ocurrirá cuando los planteos sean principalmente jurídicos y no requieran de un mayor desarrollo fáctico. Además, dentro de la aptitud del planteo se contempla lo relativo al carácter final de la acción u omisión impugnada; entendiéndose por tal aquellas que determinan derechos y obligaciones, o respecto de las cuales surgen consecuencias legales. En Abbott se entendió que la publicación de la nueva regulación por parte de la agencia estatal era una conducta que generaba consecuencias jurídicas concretas en los particulares.

La pregunta que suelen realizarse los jueces se dirige a considerar si se beneficiaría la consideración del planteo, en caso de ser efectuado en un marco más concreto. Para responder a ella disfrutan de un considerable nivel de discreción. Sin embargo, como pauta general es posible advertir que aquellos planteos que se funden en argumentos de puro derecho, tendrán muchas mayores posibilidades de considerarse aptos para el control judicial, que aquellos otros en los cuales los planteos exijan la consideración de elementos fácticos vinculados a la futura aplicación de la norma. Si hay cuestiones de hecho que requieren un mayor desarrollo, el caso no sería apto para la resolución judicial (22).

La exigencia de aptitud en el planteo nos vincula con la distinción entre "facial challenge" y "as-applied challenge". Así, en los primeros existe una muy amplia posibilidad de que ellos sean aptos para el control judicial, ya que en ellos no se advierte qué es lo que podrían sumar las circunstancias concretas al análisis del planteo (v.gr., para decidir sobre la constitucionalidad de una ley provincial que contradice abiertamente el Código Civil y Comercial dictado por el Congreso de la Nación). Por el contrario, si el cuestionamiento de la norma toma en consideración la aplicación que de ella se efectúa en ese caso concreto, por ejemplo, cuando es necesario demostrar que una disposición tributaria es confiscatoria, resulta mucho más lejana la posibilidad de la controversia sea apto para su resolución antes de que exista una aplicación concreta de la norma (23).

Un planteo puede presentar una disputa suficientemente concreta como para permitir su revisión judicial, aun cuando el actor no haya sufrido la aplicación de la ley; es lo que se conoce en la doctrina como "preenforcement challenge". En estas ocasiones, el caso estará maduro si los actores demuestran que existe una amenaza creíble que se la normativa será aplicada en su contra; ello es particularmente aplicable en el caso de sanciones penales. Un ejemplo que suele ser citado es el caso Steffel c. Thompson (24), en el cual el actor había sido amenazado con ser arrestado por distribuir panfletos de protesta contra la guerra de Vietnam; éste promovió una demanda procurando que se declarase que la norma por la cual las autoridades amenazaron con perseguirlo violaba la primera enmienda. El tribunal sostuvo que, sin importar la ausencia de aplicación concreta, Steffel podía instar el control de constitucionalidad de la ley porque había demostrado una genuina amenaza de aplicación.

### 3.2. La intensidad del daño

El segundo recaudo de la doctrina sentada en Abbott está dado por lo significativo del daño que sufriría el actor si se postergase el control judicial de los actos o normas impugnadas.

Este recaudo centra su atención en los efectos prácticos que traerá aparejada la conducta estatal de la cual las partes buscan precaverse. Al igual que ocurre con el fitness, la revisión de la gravedad del daño carece de una línea clara por parte de los tribunales, aun cuando es posible, de todas formas, establecer algunas premisas. Por ejemplo, se tiende a considerar que las pérdidas exclusivamente financieras son, en principio, insuficientes para justificar la intervención judicial en forma inmediata (25).

Sin embargo, el caso se considera maduro si, además de experimentar una pérdida financiera, el actor debe realizar un cambio en su conducta a raíz de la disposición impugnada. O, como se afirmó en otra ocasión, cuando la norma impugnada "crea un dilema directo e inmediato para las partes" (26).

En Pacific Gas & Elec. v. Energy Resources Comm'n (27), la Suprema Corte de los Estados Unidos debió analizar la validez de una ley del Estado de California que disponía una moratoria para la certificación de plantas de energía nuclear, hasta tanto estuviera demostrada la existencia de tecnología o medios de disposición adecuados para los residuos radioactivos. La actora promovió una demanda considerando que la legislación local contradecía normas federales que gozaban de preeminencia en la materia. La Corte entendió que el caso no era prematuro, ya que la cuestión relativa a la preeminencia de normas federales era principalmente jurídica, y,

en cuanto al daño, se tuvo en cuenta que la construcción de una planta de energía nuclear requiere de millones de dólares y más de una década de inversiones, la cuales no pueden ser efectuadas si no existe seguridad de que se luego se podrá obtener la certificación para su funcionamiento, o que se recuperará de algún modo la inversión en caso de que esa certificación no sea otorgada por decisión de estatal. También se agregó en la sentencia que si la actora tenía razón en cuanto al conflicto entre las normas locales y normas federales, dilatar la resolución de la causa iría en contra del interés federal en juego.

### 3.3. La relación entre ambos recaudos

Chemersky ha entendido los aspectos vinculados con el aptitud del planteo resulta prudencial, mientras que la intensidad del daño en el actor es un recaudo constitucional (28). Ello implicaría que los tribunales podrían prescindir del primero pero no del segundo.

Otros, como Laurence Tribe (29), han sugerido que sería posible prescindir de alguno de los recaudos, y existen sentencias de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia que permitirían esa interpretación. Así es como se ha expresado que si el tribunal tiene dudas acerca de la aptitud del planteo, habrá de efectuar un balance entre el interés en posponer la revisión y el daño para las partes que resultará del aplazamiento. Sin embargo, donde no exista un interés administrativo o judicial significativo para posponer la decisión, la ausencia de daño no podría inclinar la balanza en contra de la revisión judicial (30).

Más allá de lo anterior, la opinión prevaleciente parece ser que tanto la aptitud del planteo, como el perjuicio para el reclamante, deben estar presentes a fin de considerar que existe un caso judicial. Aun así, ambos elementos se auxilian en forma mutua, ya que una mayor presencia de uno de los requisitos, justifica una menor exigencia en el restante. La jurisprudencia ha mencionado la posibilidad de que exista "algún tipo de escala móvil en la cual, por ejemplo, una muy poderosa demostración de la intensidad de un daño inmediato pueda compensar una discutible aptitud del planteo (v.gr., un cierto grado de imprecisión en las circunstancias fácticas que rodean el caso), o viceversa" (31).

En muchas ocasiones la intensidad del daño por posponer el control judicial, se relaciona de modo muy estrecho con la gravedad de los daños que se generarían para el actor en caso de que la norma le sea finalmente aplicada (32). Este aspecto tiene una particular relevancia en aquellos casos en que el incumplimiento de la norma traiga aparejada la posible imposición de sanciones.

En otras ocasiones, podemos ver que el requisito de la actualidad del planteo se vincula, no ya con la gravedad del daño en caso de consumarse, sino con las características del derecho en juego, el cual sufre o puede sufrir una restricción por el solo hecho de que la normativa en cuestión esté vigente, aun cuando no se aplique efectivamente al actor. Se trata de situaciones en las que la sola amenaza es suficientemente lesiva del derecho como para tener por configurada la actualidad del conflicto.

Tal es el caso de la libertad de expresión; los planteos que la involucran reducen la exigencia de actualidad o, quizás mejor, de concreción de una conducta estatal tendiente a aplicar la disposición impugnada. Aquí el efecto intimidatorio o silenciador de las amenazas a la libertad de expresión constituyen, en sí mismo, una restricción a la libertad, el cual habilita la intervención judicial.

Un buen ejemplo de estos casos está dado por *New Mexicans for Bill Richardson v. Gonzales* (33) de la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito. En ese caso el congresal Bill Richardson y su comité de campaña, impugnaban la legislación estadual que impedía utilizar las contribuciones a una campaña federal para las elecciones locales. Richardson contaba con medio millón de dólares que había recolectado durante su campaña para el Congreso Federal, y la demanda se promovió mientras analizaba competir por un cargo estadual, sin haber tomado todavía ninguna determinación al respecto. En primera instancia se resolvió que el caso era prematuro, y la resolución de segunda instancia revocó ese decisorio. Sostuvo el Tribunal que el análisis habitual para determinar la madurez del planteo se ve relajado cuando se está frente a un facial challenge que involucra a la Primera Enmienda, habilitando el control judicial en situaciones en las cuales la amenaza respecto de otros derechos no lo haría.

En otra ocasión que merece destacarse es *New Hampshire Right to Life Political Action Committee v. Gardner* (34), donde se sostuvo que cuando se trata de cuestionamientos previos a la aplicación (preenforcement challenges) de leyes recientemente sancionadas, que restringen de modo claro actividades expresivas del grupo al cual pertenece el actor, los tribunales deben asumir, en ausencia de una evidencia determinante en sentido contrario, que existe una amenaza creíble de que la ley habrá de ser aplicada.

Esta posición respecto de la libertad de expresión cuenta con críticos, quienes, tras reconocer que existe un consenso en el sentido de relajar la exigencia de actualidad en los casos que involucran a la Primera Enmienda (por la importancia de la libertad de expresión así como por la necesidad de evitar cualquier riesgo de potenciales efectos disuasivos), reprochan ese consenso, afirmando que el valor de la libertad de expresión no debe hacernos perder de vista la importancia de otros derechos constitucionales, y que los criterios generales para establecer la actualidad del caso, son suficientes para proteger de modo adecuado a la libertad de expresión (35). Creo que la afirmación puede ser parcialmente correcta, en cuanto la amenaza de sanciones por el ejercicio de la libertad de expresión, aun cuando solo provenga de una ley y no hayan actos administrativos tendientes a



aplicarla, cuenta con un efecto intimidatorio que configura una verdadera restricción al derecho y permite su control judicial.

#### 3.4. Recaudos negativas

Estrechamente vinculadas con la exigencia de la madurez del planteo, se sitúan una serie de recaudos negativos, como la necesidad de agotar la vía administrativa o que la decisión administrativa sea final.

En *McCarthy v. Madigan* (36) la Suprema Corte de los Estados Unidos afirmó que la doctrina del agotamiento de los remedios administrativos (exhaustion), junto con la abstención (abstention), el carácter final (finality) y la madurez (ripeness), son doctrinas relacionadas que administran el tiempo de la decisión judicial en los tribunales federales. En el caso del agotamiento de los remedios administrativos, la Corte sostiene que allí donde el Congreso lo exige en forma clara, el recaudo debe ser cumplido, de lo contrario, el mismo queda librado a la discreción judicial. Se agregó también que la exigencia del agotamiento sirve para tanto para proteger la autoridad de las agencias administrativas, como para promover la eficiencia judicial.

En el caso del recaudo de la finalidad, se procura determinar si la acción impugnada representa el final de la labor de la agencia administrativa; de este modo se intenta que el ejercicio del control judicial no interfiera con el proceso de decisión de la agencia. Este elemento, tal como lo indicó la Corte en *Abbot Laboratories*, debe ser interpretado de un modo pragmático y flexible.

Cada una de las doctrinas mencionadas puede ser objeto de un análisis particularizado, dando cuentas de principios generales y excepciones múltiples. Sin embargo, entre todas ellas y la exigencia de madurez existe una diferencia relevante, en cuanto a que las primeras difícilmente puedan pregonarse como una existencia como una exigencia constitucional, sino que, por el contrario, su configuración depende de los alcances de la legislación del Congreso y de la propia discrecionalidad judicial.

Más aún, no debe pasarse por alto que en nuestro país, las competencias de las agencias administrativas tienen un mayor sentido en aspectos regulatorios pero en lo relativo a la resolución de conflictos, ya que sus facultades encuentran un límite concreto en el artículo 109 de la Constitución Nacional, por el cual se prohíbe, de modo enfático, que el Poder Ejecutivo ejerza funciones de naturaleza judicial ("En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas"). Destacando la relevancia esta cláusula, se ha señalado que la interdicción en el ejercicio de funciones judiciales que se impone al Ejecutivo, proveniente de la Constitución de Cádiz de 1812, constituye la pieza básica en que se apoya la estructura del sistema judicialista argentino, y consagra un límite prácticamente absoluto, o al menos sumamente acotado, al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de entes o tribunales administrativos, difiriendo en esto claramente del modelo norteamericano, el cual no contiene una norma semejante (37).

A diferencia de las anteriores doctrinas, la exigencia de madurez en el litigio, es una exigencia constitucional cuya configuración no depende de la decisión del Congreso, sino de las circunstancias del caso.

#### 4. Las dificultades frente al caso concreto

1.- Los principios centrales de la doctrina del ripeness no son especialmente problemáticos, y son fácil de comprender a partir de una lectura conjunta con el resto de los elementos del caso judicial. Sin embargo, la aplicación concreta de la doctrina en los casos concretos no ha estado guiada por lineamientos consistentes; a punto tal que se ha considerado que la exigencia de madurez en el conflicto es cualquier cosa menos simple (38).

Un caso donde posiblemente se verá con claridad la dificultad de aplicar los principios señalados está dado por *Internacional Longshoremen's v. Boyd* (39). En el mismo un sindicato y algunos de sus miembros de nacionalidad extranjera promovieron una demanda contra la interpretación dada por las autoridades administrativas a una nueva ley de inmigración, según la cual todos los extranjeros que quisieran ingresar a los Estados Unidos desde Alaska, incluso cuando ya contaran con autorización para residir en el país, debían obtener autorización de las autoridades inmigratoria como si se tratase de un extranjero que deseara entrar por primera vez al país. Subsidiariamente, si se entendía que la interpretación de las autoridades era correcta, solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Según afirmaban los actores, todos los años se trasladaban desde la costa oeste de los Estados Unidos hacia Alaska para participar en la pesca del salmón y, en caso de hacerlo en a partir del año 1953, ya no podrían regresar al país.

La mayoría de la Corte, reflejada en el voto de Frankfurter, entendió que al no existir constancia alguna de que se haya pretendido aplicar esa norma contra ninguno de los actores, no se encontraba frente a una demanda judicial destinada a hacer valer un derecho, y que la determinación del alcance y la constitucionalidad de las leyes antes de su aplicación en el contexto de un caso concreto, constituye una consulta demasiado remota para el adecuado ejercicio de la función judicial.

Por el contrario, el justice Black, suscribió un voto en disidencia (al cual adhirió Douglas) en el cual comienza por reafirmar enfáticamente la imposibilidad del poder judicial para dictar sentencias sobre cuestiones prematuras, remotas o hipotéticas. Sin embargo, consideró que se encontraban frente a una verdadera causa o controversia, cuya resolución era absolutamente esencial para evitar lesiones irreparables a los derechos del

numeroso grupo de personas en cuyo nombre se iniciara la acción (40).

El caso permite ver que, más allá de los acuerdos generales, en la práctica la existencia de caso depende, en buena medida, de un balance que debe realizar el juez considerando los efectos prácticos que podría tener la postergación del control judicial en el interés del sujeto. De todos modos, aun dentro de esas dificultades, es posible advertir una mayor amplitud de los tribunales, en especial en nuestro país, a aceptar el control de constitucionalidad de normas, antes de que ellas sean aplicadas. En las últimas décadas, dicha tendencia se ha visto acentuada en nuestro país, de la mano, entre otras cosas, de la recepción de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

2.- Veremos ahora algunos ejemplos de situaciones que han sido resueltas considerando que no existía un caso judicial.

Ante la impugnación de una resolución de carácter declarativo y general de la Caja de Previsión del Personal Bancario y de Seguros, la cual fue comunicada a la actora a título informativo pero sin formular cargos ni intimar de pago alguno, se consideró que no existía un gravamen actual para ésta que justificara la intervención del poder judicial, dejándose a salvo la oportuna defensa del recurrente y demás interesados en las causas que concretamente les afecten (41).

Frente al cuestionamiento del Partido Justicialista contra la legislación que impedía la candidatura de Juan Domingo Perón, la Corte señaló en tanto ningún partido político ha intentado oficializar ante la junta electoral esa candidatura, no mediaba un interés concreto y actual que justificara el pronunciamiento requerido, por lo que la cuestión debía reputarse abstracta (42). En otra ocasión, al rechazar el planteo de un ciudadano para que se declarase la inconstitucionalidad de una convocatoria a consulta popular, el Tribunal expresó que aun cuando el contenido de la petición del actor se dirigiese a obtener una conminación específica dirigida a las autoridades electorales para que no se lo convocase a desempeñarse como autoridad de mesa en la próxima consulta, o el de lograr una declaración determinativa de su derecho que lo protegiese de eventuales sanciones si fuese convocado y se negase a cumplir, faltaría, de todos modos, la suficiente determinación de la posibilidad del llamado a través de alguna actividad administrativa en curso. Ello hacía que el agravio que podía alegar el apelante fuese meramente conjetural e hipotético (43).

Existe también una copiosa jurisprudencia en lo que hace al rechazo de las acciones declarativas en materia tributaria, cuando no existe una conducta estatal que haga temer la existencia de un "acto en ciernes" o "perjuicio inminente" para el actor, por ejemplo, por no existir intimaciones, determinaciones de deuda u otro tipo de actos tendientes a aplicar el impuesto que se cuestiona (44).

En Teyma Abengoa S.A. (45) se consideró que no existía una causa o controversia en el planteo de inconstitucionalidad de un decreto provincial que imponía el pago de un tributo, si el mismo había sido cancelado por la codeudora solidaria que no participaba en el pleito, resultando conjetural e hipotético el agravio fundado en la posible acción de regreso que esta última podría iniciar en el futuro. Del mismo modo se entendió que si no se acompañaron al proceso los requerimientos de pago y sus contestaciones, ni tampoco se intentó demostrar por otros medios la existencia de actos concretos dirigidos a aplicar el tributo impugnado, el agravio resulta entonces conjetural e hipotético (46).

Se entendió que no existía un agravio concreto y actual si la resolución recurrida no se pronunciaba respecto de la inmunidad de ejecución que se reclamaba vulnerada, en tanto aún no se había emprendido ningún acto precautorio ni tampoco ejecutorio en violación de lo dispuesto en la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, deviniendo este planteo en una afirmación prematura o meramente conjetural (47).

De la misma manera se ha considerado hipotética, remota o conjetural la demanda promovida a fin de lograr la declaración de inconstitucionalidad de una norma provincial que permitía el descuento de aportes a las compensaciones de los jueces e impedía su actualización monetaria por motivos inflacionarios, ya que los actores no lograron demostrar que desde la entrada en vigencia de la norma hasta la promoción de la acción se haya visto efectivamente perjudicados por la misma (48).

Otro ejemplo de casos prematuros, está dado por la impugnación judicial de proyectos de ley. En este punto la jurisprudencia ha considerado que ellos son insuficientes para tener por configurado un caso judicial, ya que no fijan en forma definitiva la existencia y modalidad de una relación jurídica, ni generan el estado de incertidumbre que justifica una acción declarativa de inconstitucionalidad para dilucidarlo, en tanto los trámites de sanción de una ley no causan estado por sí mismos, ni conllevan una vulneración de derechos subjetivos que autorice a sostener que se presenta una controversia actual y concreta (49).

Si bien luego volveremos en detalle sobre este tema, podemos señalar que la sola sanción de la ley no es, en principio, suficiente para tener por configurado un caso judicial. Así se ha resuelto, por ejemplo, que corresponde desestimar la acción de inconstitucionalidad si la peticionaria ha entendido configurada la situación de incertidumbre con la sola emisión de las normas y su confrontación con un esquema de desarrollo comercial operativo, cuya afectación resulta meramente especulativa, en tanto no se aportaron datos concretos acerca de los establecimientos que se proyectaba instalar, el ocurrente rechazo de tales propuestas, el inicio de los trámites y la demora o desestimación irrazonable o infundada, por lo cual los agravios constitucionales resultan

meramente hipotéticos, sin que eventuales dificultades en la planificación empresarial motivadas en la mera existencia de ese plexo normativo, constituyan fundamento suficiente como para transformar en cierto y actual un gravamen que sólo se presenta como de naturaleza conjetural (50).

3.- Muchas otras situaciones, han sido consideradas aptas para habilitar el control judicial de constitucionalidad, a pesar de no existir todavía actos concretos de aplicación respecto del actor. Un ejemplo está dado por el caso *Lankford v. Gelston* (51), donde un grupo de afroamericanos solicitaron medidas cautelares que prohibieran allanamientos ilegales por parte de la Policía de Baltimore, en violación de su derecho a la intimidad.

Aun cuando los actores no habían sufrido todavía ningún tipo de daño concreto, existía por esos momentos un serio conflicto entre la comunidad afroamericana y la policía de Baltimore, a la cual se acusaba de incurrir en actos de brutalidad contra la primera; en particular, durante las últimas semanas se habían requisado más de trescientos domicilios para buscar a un prófugo, con el solo fundamento de presuntas denuncias anónimas. La Corte de Distrito rechazó el planteo y esa decisión fue revocada por la Corte de Apelaciones, quien afirmó que ante la clara demostración de desprecio de los derechos individuales por parte de autoridades policiales, los actores tenían derecho a una respuesta clara, ya que si bien se había suspendido el riesgo de redadas y allanamientos indiscriminados, éste no había desaparecido por completo, persistiendo "la sensación de crisis inminente en las relaciones entre la policía la comunidad, y nada mejoraría de manera tan directa esa situación como una sentencia judicial que prohíba las prácticas denunciadas".

En la República Argentina existe una gran cantidad de casos donde los tribunales han controlado la constitucionalidad de una ley antes de que estuviera en curso una aplicación concreta de la misma. Analizaremos muchas de estas situaciones en el próximo apartado.

### **5. La promulgación de la ley y la actualidad del conflicto**

De acuerdo a la jurisprudencia predominante, la sola promulgación de una ley, en principio, no otorga al particular la posibilidad de impugnarla, hasta tanto no se configuren actos estatales que tiendan a aplicarla respecto de la persona que acciona. Este sentido, la Corte Suprema ha resuelto que si más allá de la entrada en vigencia de las normas que se cuestionan, la actora no ha demostrado la existencia de actividad alguna que en forma actual ponga en peligro los derechos constitucionales invocados o les infiera lesión con concreción suficiente, no está justificada la actuación del Poder Judicial (52).

Sin embargo, se trata de un principio general que recibe múltiples excepciones, las cuales resultan cada vez más numerosas en nuestro país. En especial a partir de la recepción de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad en la década de 1980, un planteo puede presentar una disputa suficientemente concreta como para permitir su revisión judicial, aun cuando el actor no haya sufrido la aplicación de la ley cuestionada; es lo que se conoce en la doctrina estadounidense como "preenforcement challenge", y que en nuestra jurisprudencia ha tenido un importante desarrollo en las últimas décadas.

Un caso muy usual de este tipo de excepciones está dado por lo que se denominan "leyes autoaplicativas", es decir, normas directamente operativas, que con su sola publicación generan efectos jurídicos concretos lesivos para el particular (53). La doctrina nacional ha afirmado que este carácter de autoaplicatividad de la ley es el que genera inmediatamente un caso judicial en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional, y habilita de esta forma la vía impugnatoria directa de normas a través de la acción declarativa de inconstitucionalidad (54).

Ampliando el ámbito del control, Sagüés entiende que incluso sin ser autoaplicativa, la ley debe reputarse como una amenaza a los fines de habilitar su control de constitucionalidad, cuando importe la adopción concreta y específica de una orden, a plasmarse en el plano de un futuro próximo (55).

La doctrina estadounidense también ha entendido que, a los efectos de determinar la madurez del planteo, debe distinguirse entre aquellas leyes o reglamentos que son autoejecutivos, de aquellos que no lo son. Si la ley es autoejecutiva, podrá ser objeto de control judicial tan pronto como sea sancionada, sin que resulte necesario haya sido aplicada por un agente público en un caso concreto. Una ley es autoejecutiva si su mera existencia tiene efectos adversos sobre las obligaciones y derechos de los particulares. Ese es el caso cuando una ley exige hacer o dejar de hacer algo, sujetando a sus destinatarios a específicas consecuencias legales en caso de no cumplir con la norma. En esos casos, el estatuto puede ser impugnado incluso antes de que tenga lugar la acción oficial específica para la ejecución de sus decisiones (56).

Un ejemplo podemos encontrar en *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.* (57), donde la actora cuestionaba una ley de zonificación que limitaba la utilización de inmuebles de su propiedad para fines exclusivamente residenciales. El Estado afirmaba en su defensa que la demanda era prematura, ya que la actora no había solicitado ningún permiso de edificación en la zona alcanzada por la norma atacada. La Suprema Corte respondió que la existencia de la norma, por su propia fuerza, actuaba reduciendo el valor de la propiedad, destruyendo su posibilidad de comercializarla con fines industriales o comerciales (58).

Otro caso de interés está dado por *Chamber of Commerce of U.S. v. Reich* (59). Aquí la cámara empresarial impugnaba un decreto presidencial por el cual se autorizaba al Secretario de Trabajo a descalificar para ciertos contratos federales, a aquellos empleadores que contrataran personal para reemplazar a aquellos que estuvieran



ejerciendo una huelga legítima. La actora sostenía que el Presidente no tenía competencias constitucionales o legales para dictar ese decreto, y que el mismo contradecía la legislación laboral vigente. La Corte de Distrito consideró que el caso era prematuro, y la Corte de Apelaciones revocó esa decisión.

El tribunal de primera instancia había entendido que sería un desperdicio de recursos judiciales analizar la validez del decreto presidencial antes de que el Secretario haya materializado el mismo en regulaciones definitivas. A ello agregó que el Decreto otorgaba al funcionario la posibilidad de exceptuar discrecionalmente a ciertos contratistas, por lo que, en ese contexto, el planteo era puramente teórico. Contra ello, el Tribunal de Apelación sostuvo que resulta irrelevante si del decreto y la regulación impugnada finalmente ocasionan la exclusión de un contratista en concreto, ya que el perjuicio alegado por los actores no está dado por la sanción que finalmente puede disponer el Secretario. Antes que ello, según lo relata el tribunal, los actores sostienen que "la mera existencia del decreto altera el equilibrio de poder en la negociación entre empleadores y empleados, creando un desincentivo para que los empresarios contraten a trabajadores de reemplazo y por lo tanto les priva de un arma económica significativa en el proceso de negociación colectiva. A través del juicio, pretenden evitar el desequilibrio que alegan en el proceso de negociación, y no estamos persuadidos de que una aplicación concreta del decreto impugnado pueda ayudar al tribunal a analizar el planteo de inconstitucionalidad manifiesta (facial challenge) que efectúan los actores". El fallo agrega que si bien entienden que no sería necesario acreditar la importancia del perjuicio cuando existe un interés institucional a favor de una revisión inmediata, de todos modos el mismo ha sido alegado por los actores, al explicar que "el decreto enfrenta a los empleadores con la difícil elección entre la renuncia a su derecho a contratar reemplazantes y el riesgo de perder una contratación futura o actual con gobierno. Esa elección, entre tomar una acción inmediata en su perjuicio y el riesgo sustancial de sanciones futuras por no cumplir con la medida, presenta el paradigma de caso 'hardship' en los términos de *Abbott Laboratories*".

En el caso de conductas prohibidas bajo apercibimiento de sanciones, como ocurre con el artículo 4 de la ley 20680, es interesante mencionar el caso *Pierce v. Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary* (60), donde se impugnaba una ley que obligaba a los padres de niños de entre 8 y 16 años a enviarlos a una escuela pública, sancionando su incumplimiento como un delito. A pesar de que no existía aún una conducta concreta que pudiera ser considerada delictiva, la Corte entendió que no estaba frente a un caso prematuro, ya que el agravio de los actores era actual y no una mera posibilidad en el futuro remoto (61).

Otro caso de interés está dado por *Poe v. Ullman* (62). Aquí los actores habían promovido una demanda declarativa contra normas del Estado de Connecticut que sancionaban penalmente el uso de anticonceptivos, y el asesoramiento médico para su utilización.

La mayoría de la Corte consideró que no existía un verdadero caso judicial, tras constatar que las normas atacadas, a pesar de haber sido sancionadas en 1879, al año 1961 nunca se había intentado aplicar, con la sola excepción de un caso en 1940, en el cual no había sido sino un caso testigo para determinar la constitucionalidad de la norma. Afirmó también la mayoría de la Corte que el carácter irreal del juicio podía verse en el hecho de que los anticonceptivos eran de venta habitual en las farmacias de Connecticut, y a pesar de ello no existían constancias de ningún tipo de actuaciones judiciales por este motivo (63). En otra ocasión, la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley de Arkansas que prohibía la enseñanza de la teoría de la evolución, a pesar de reconocer que no había registro de ninguna acusación en Arkansas por violar este estatuto y que era posible que el estatuto fuese por ese entonces más una curiosidad que un hecho real en el Estado (64). Este último caso se comprende también dentro del tratamiento específico que reciben las amenazas a ciertas libertades, como es el caso de la libertad de expresión.

Comentando estos casos, se ha señalado que el desuetudo no priva a la norma de su efecto legal y que una norma criminal podría ser aplicada en cualquier momento mientras permanezca en los códigos. En esas circunstancias, se afirma, la amenaza de pena permanece como la espada de Damocles sobre todo aquél que pueda ser alcanzado por las previsiones de la norma. Cuando todo lo que hay entre el ciudadano y la cárcel es el libre arbitrio del fiscal, sería irreal tratar a la norma como una amenaza meramente hipotética para aquellos que están sujetos a sus disposiciones (65).

2.- En nuestro país, la jurisprudencia muestra una apertura cada vez más insistente a aceptar acciones de inconstitucionalidad que, ante la existencia de un interés real en los actores, procuren cumplir una finalidad preventiva, evitando la cristalización de los perjuicios que generaría la aplicación concreta de la norma impugnada, o a fin de poner coto al estado de riesgo en el cual esas normas colocan a los derechos de las partes.

Un ejemplo es el caso *Fábrica Argentina de Calderas c/ Provincia de Santa Fe* (66). Aquí donde la Corte Suprema entendió que la declaración de inconstitucionalidad no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa cuando el titular de un interés jurídico concreto busca fijar la modalidad de la relación jurídica que mantiene con sus dependientes. Así ocurría con la ley provincial 9497, que limitaba la jornada laboral a 44 horas semanales, a la cual la actora atribuía ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal. Si bien esta sentencia puede resultar opinable en lo que hace a la legitimación pasiva del Estado Provincial (ya que la relación sustancial la mantenía el actor con sus trabajadores), más allá de ese aspecto, las restantes consideraciones del fallo han sido reafirmadas en la jurisprudencia posterior del tribunal y

son plenamente aplicables al sub lite.

Sin que existiera actividad administrativa de la demandada, se consideró que se encontraban reunidos los recaudos del artículo 322 CPCCN para que una institución educativa promoviera una acción declarativa de inconstitucionalidad de la ley 10.427 de la Provincia de Buenos Aires, por la cual se la obligaba a sustituir el régimen previsional nacional por uno provincial, lo que se consideraba violatorio de la ley nacional 18.037 (67).

Otro tanto ocurrió cuando el Procurador del Tesoro de la Nación demandó a la Provincia de Santiago del Estero a fin de que se declare la inconstitucionalidad de normas locales que contradecían la regulación del Plan Alimentario Nacional (68).

Tampoco había existido ningún tipo de actividad administrativa en forma previa a la promoción de la demanda en el caso Fayt (69), donde se cuestionaba la validez de la reforma constitucional en cuanto incorporó la necesidad de una nueva designación de los jueces que llegan a la edad de setenta y cinco años (art. 99 inc. 4 CN).

Similar situación se dio en el caso Iribarren (70), donde se declaró la inconstitucionalidad del artículo 88 de la Constitución de Santa Fe, el cual dispone el cese de la inamovilidad de los jueces "a la edad de sesenta y cinco años si están en condiciones de obtener jubilación ordinaria". Podemos sumar a estos ejemplos la sentencia de la Corte Suprema en el caso Partido Justicialista de Santa Fe (71), donde se planteó la inconstitucionalidad de la prohibición de reelección del gobernador Carlos Reutemann, antes de que existiese un rechazo a su postulación. Esta causa, en su comparación con el ya citado caso Partido Justicialista, permite ver la modificación y ampliación de los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las últimas décadas.

En esta misma línea encontramos al caso Central Neuquén (72), donde la Corte Suprema hizo lugar a una medida cautelar, en el marco de una acción declarativa de inconstitucionalidad que impugnaba un tributo local sobre el consumo de energía. Para ello el Tribunal no mencionó ningún acto de aplicación concreta por parte de la demandada, sino tan solo a la finalidad preventiva de las acciones declarativas, así como a "los diversos efectos que podría provocar la aplicación de las disposiciones impugnadas, entre ellos su gravitación económica".

De gran interés es, asimismo, la causa Jorge Homero Abud y otros (73). En ella un grupo de escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, planteaba la inconstitucionalidad de una ley de la Provincia de Buenos Aires que requería la intervención de un notario de la provincia demandada respecto de actos que debían anotarse en los registros de la misma. La Procuración General de la Nación, a través de un dictamen de la Dra. Reiriz, consideró que no existía caso. La Corte Suprema se apartó expresamente de ese dictamen, y con cita de Fábrica Argentina de Calderas, entendió que si no se trata de dar solución a una hipótesis abstracta o meramente académica, sino que se halla en juego la actividad profesional de los actores, sometida en los aspectos que regula la ley impugnada al control de la provincia demandada, media entre ambas partes una vinculación jurídica que traduce un interés serio y suficiente en la declaración de certeza pretendida.

En otra ocasión se entendió que la provincia de Entre Ríos se encontraba habilitada para demandar al Estado Nacional por la inconstitucionalidad de la ley 25.232, en tanto la obligaba a liberar de los tributos provinciales o municipales a los vehículos, a partir de la fecha de la denuncia de venta efectuada en el Registro Automotor; se entendía aquí que ello constituía una intromisión de la legislación federal en el ámbito propio de las provincias (74).

Otro ejemplo podemos verlo en Johnsondiversey de Argentina SA (75), donde se cuestionaba la validez de una ley de la Provincia de Buenos Aires que exigía una registración adicional a la otorgada por el ANMAT; en este caso se puso especial interés en la gravedad de las consecuencias que podría traer aparejada la aplicación concreta de la ley impugnada en contra de la empresa.

Aquí la Corte Suprema consideró configurado el caso afirmando que era indudable la operatividad de las normas impugnadas. Para ello tuvo en cuenta los términos de un dictamen de la Asesoría General de Gobierno de la Provincia, en el cual se indica "la necesidad de evaluar la conveniencia de impulsar una normativa provincial que unifique criterios con la legislación nacional, facilitando su aplicación en esta jurisdicción", y su aplicación se ve ratificada con el dictado de la resolución 2829/02 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires. Todo ello "demuestra en grado suficiente el interés actual de la actora en un pronunciamiento definitivo del Tribunal". Se hizo notar, también, que la norma provincial impugnada facultaba "a la autoridad de aplicación a proceder al secuestro de los productos que se expongan en contravención con sus disposiciones... y a imponer sanciones a los responsables; y de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 40 y 43, la autoriza a adoptar medidas precautorias... A tal punto es ello así que la inobservancia por parte de la actora del régimen sanitario instaurado por esa norma local, que reputa ilegítima, le puede generar la intervención de mercaderías en infracción y el nombramiento de depositarios. Todo ello la sitúa sin duda en un 'estado de incertidumbre' sobre 'la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica', y en la probable afectación de un interés legítimo; que lleva a concluir que está configurada la presencia de un caso, cuya finalidad preventiva no exige la existencia del daño consumado".

El caso *Johnsondiversey* es de interés, en cuanto pone de manifiesto de qué manera la gravedad de las consecuencias que podrían depararse de la aplicación de las normas impugnadas, como el secuestro o intervención de mercaderías, permiten su control por el Poder Judicial aún antes de que la administración procure hacer efectiva la amenaza.

Esta progresiva ampliación del ámbito del control de constitucionalidad ha sido elogiada por la doctrina. Afirma Torricelli que la exigencia de la intimación previa no se condice con la finalidad preventiva de la acción declarativa, máxime si se tiene en cuenta que su iniciación no suspende la posibilidad de ejecución por parte de la administración. De allí que la solución dada en casos como *Iribarren* y *Fayt* responda mejor al modelo de una acción de inconstitucionalidad como medio de ejercer preventivamente el control de constitucionalidad; y pese a los retrocesos, ésa parece ser la tendencia seguida tanto por la Corte Suprema como por tribunales inferiores (76).

En sentido similar se ha pronunciado Bianchi, destacando la conveniencia de este auténtico proceso de rango constitucional. Si una cuestión puede ser resuelta evitando la producción de daños y perjuicios de costosa y lenta recuperación; y si tales efectos —de suyo beneficiosos— pueden obtenerse a través de un juicio rápido y sencillo, que evita las demoras y los costos de un proceso ordinario, parecería que las ventajas son múltiples y se obtienen sin transgredir los límites del caso judicial (77).

## 6. A modo de conclusión

El Poder Judicial debe resolver conflictos; esa es la función que la Constitución Nacional le impone. La exigencia de ese conflicto impide que los tribunales se vean envueltos en discusiones abstractas o teóricas sobre políticas públicas, cuyo ámbito natural no es el de los expedientes judiciales. Pero esta premisa no debe conducir a conclusiones exageradas.

La Constitución Nacional, al tiempo que asegura el derecho de defensa en juicio en su artículo 18, en el artículo 43 prevé que la tutela de los derechos constitucionales puede tener lugar de modo preventivo ante una amenaza. A ello se le suma lo dispuesto en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando aseguran un importante elenco de garantías judiciales y exigen que la tutela judicial sea efectiva; esto último supone, incluso, la posibilidad de contar con una protección o defensa preventiva de los derechos reconocidos por el pacto internacional.

En esos términos, la protección judicial debe ser asegurada a las personas frente a la sola sanción de la norma, cuando ella produce efectos concretos para las partes, por ejemplo al imponerles un dilema de conducta o privarlas de un derecho del cual gozaban hasta ese momento. En este tipo de situaciones, los jueces deben considerar las características del planteo (si se basa en fundamentos jurídicos o se encuentra apoyado aspectos de hechos futuros e hipotéticos) y, en especial, la gravedad de la amenaza que supondría la aplicación efectiva de la ley. Si el planteo es principalmente jurídico, y la aplicación de la ley podría suponer un daño importante para el particular, ningún motivo parece justificar un retraso en el control judicial de esa ley.

Dentro de ese universo de situaciones, un tipo de situaciones particulares en las cuales no puede dudarse de la madurez del conflicto, está dado por aquellas en las que el incumplimiento de la norma impugnada, coloca a la persona ante el riesgo de sufrir una sanción (penal o administrativa) o la enfrenta a la pérdida inminente de un derecho, como puede ser la pérdida de beneficios impositivos, la intervención de mercadería, la rescisión de concesiones, etc. En estos casos, a menos que existan circunstancias especiales que justifiquen postergar el control judicial (78), el caso debe considerarse apto para su resolución por los tribunales desde el mismo momento en que la ley ha sido promulgada.

Si hay un peligro concreto y real para los derechos de los individuos, y el planteo de inconstitucionalidad se funde en argumentos generales, independientes de la aplicación concreta de la norma (facial challenge), posponer el control judicial, lejos de ser una exigencia constitucional o una muestra de prudencia, implicará renunciar a ejercer la función impuesta por el artículo 116 de la Ley Fundamental, al tiempo que constituiría una violación del derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva del interesado. De lo contrario, aceptar convivir con la amenaza de la aplicación de la ley impidiendo su control judicial, convierte a la inseguridad en regla, al arbitrio administrativo en ley, y deja a los ciudadanos a merced de la presión, la amenaza o el chantaje.

(1) TORICELLI, Maximiliano, *El Sistema de Control de Constitucionalidad Argentino*, LexisNexis, Depalma, Bs. As., 2002, p. 120.

(2) STONE, Geoffrey - SEIDMAN, Louis - SUNSTEIN, Cass - TUSHNET, Mark, "Constitutional Law", Little, Brown & Company, Third Edition, 1996, p. 143. En este sentido los autores señalan que "a case is not ripe when it is brought too soon; it is moot when it is brought too late". Sin perjuicio de lo anterior, se han esbozado situaciones que serían, simultáneamente, prematuras y devenidas abstractas. Tal el caso de alguien que inicia un juicio por creer que la actividad que una determinada actividad que desea realizar, será pronto ilegalizada, pero muere mientras el juicio está pendiente (Lee, Evan Tsee, "Deconstitutionalizing Justiciability: The Example of Mootness", 105 Harv.L.Rev. 603, -1992- nota al pie n°269).

(3) Monaghan, Henry P., *Constitutional Adjudication: The Who and When*, Yale Law Journal, Vol. 82, No.

7 (Jun., 1973), pp. 1363-1384. El párrafo fue citado por la Suprema Corte Norteamericana en *United States Parole Commission v. Geraghty*, 445 U.S. 388 (1980).

(4) LAPLACETTE, Carlos José, "Exigencias temporales del caso judicial. La doctrina de los casos devenidos abstractos y posibles correcciones", *La Ley* 2011-B, 857.

(5) Fallos 202:14, 330:3109.

(6) Fallos 303:1194; 306:1720; 314:853, 328:1701, etc.

(7) Vanossi, Jorge Reinaldo, "Jurisdicción y Corte Suprema ante los casos abstractos", *Revista Jurídica de Buenos Aires* 1963, I-IV, 136.

(8) *Life & Fire Insurance Co. of New York v. Adams*, 34 U.S. 573, 604.

(9) 330 U.S. 75.

(10) Nowak, John E. - Rotunda, Ronald D., *Constitutional Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 2010, Eighth Edition, p. 80.

(11) JORDAN, Bill, "Ripeness and standing-maintain the distinction", 39-FALL *Admin. & Reg. L. News* 17 (2013).

(12) Nowak - Rotunda, op. cit., p. 80.

(13) Fallos 330:3109. Se afirmó en esta ocasión que "la 'aplicación' de los actos de los otros poderes debe dar lugar a un litigio contencioso, para cuyo fallo se requiera el examen del punto constitucional propuesto (Fallos: 214:177 y las citas del señor Procurador General referenciadas en esa oportunidad). En ningún supuesto es inocuo ni vano recordar, como lo ha hecho el Tribunal en dos pronunciamientos recientes, que este Departamento del Gobierno Federal debe ser preservado de la sobrejudicialización de los procesos de gobierno (Fallos: 328:2429 y 3573)" (cons. 5°).

(14) DAVIS, Kenneth, Culp, "Ripeness of Governmental Action for Judicial Review", 68 *HARV. L. REV.* 1122, 1122 (1955).

(15) *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 US 136 (1967).

(16) *National Park Hospitality Ass'n v. Department of Interior* (538 U.S. 803 -2003-), citando *Reno v. Catholic Social Services, Inc.* (509 U.S. 43 -1993-).

(17) Fallos 330:3777.

(18) FLOREN, David, "Pre-enforcement ripeness doctrine: the fitness of hardship", 80 *Or. L. Rev.* 1107.

(19) Conf. Redlich, Norman - Schwartz, Bernard - Attanasio, John, *Understanding Constitutional Law*, Matthew Bender/Irwin, EEUU 1995, p. 24.

(20) 387 US 136 (1967).

(21) "The problem is best seen in a two-fold aspect, requiring us to evaluate both the fitness of the issues for judicial decision and the hardship to the parties of withholding court consideration".

(22) *Skull Valley Band of Goshute Indians v. Nielson*, 02.4149, 10th Cir. 2004

(23) En los denominados "facial challenge", el planteo de inconstitucionalidad se funda directamente la incompatibilidad entre el texto de una norma y otra de jerarquía superior o en la existencia de vicios en el procedimiento que llevaron a su sanción, con independencia de cualquier circunstancia concreta vinculada a su aplicación. En este tipo de cuestionamientos las circunstancias de hecho resultan irrelevantes, ya que no existirían aplicaciones válidas de la ley. Por el contrario, en los planteos de inconstitucionalidad por su aplicación, el vicio de la norma está ligado de modo estrecho o inseparable de las características propias de su aplicación a un caso concreto. He efectuado una distinción más extensa de estos aspectos en "Reincidencia, derechos individuales y control de constitucionalidad" (*La Ley*, 2013-C, 316), así como en *Recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia* (Hammurabi, en prensa).

(24) 415 U.S. 452.

(25) *Dietary Supplemental Coal., Inc. v. Sullivan*, 978 F.2d 560 (9th Cir. 1992): "To meet the hardship requirement, a party must show that withholding judicial review would result in direct and immediate hardship and would entail more than possible financial loss".

(26) *New Mexicans for Bill Richardson v. Gonzales*, 64 F.3d 1495, 1498-99 (10th Cir.1995), citando a *El Dia, Inc. v. Hernandez Colon*, 963 F.2d 488, 495 (1st Cir.1992) y *W.R. Grace & Co. v. United States EPA*, 959 F.2d 360, 364 (1st Cir.1992).

(27) 461 U.S. 190.

(28) CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law...*, cit. por FLOREN, David, "Pre-enforcement ripeness doctrine: the fitness of hardship", 80 *Or. L. Rev.* 1107 (2001).

(29) TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2d ed. 1988, p. 80.

(30) *National Association of Home Builders, v. U.S. Army Corps of Engineers et al.* (440 F.3d 459, D.C.Cir. 3.02.2006), con citas de *Nat'l Mining Ass'n v. Fowler* (324 F.3d 752, 756, D.C.Cir.2003) y *Consol. Rail Corp. v. United States* (896 F.2d 574, 577, D.C.Cir.1990).

(31) *Ernst & Young v. Depositors Econ. Prot. Corp.*, 45 F.3d 530, 535 (1st Cir. 1995).

(32) Por ejemplo, en *Arch Mineral Corp. v. Babbitt* (104 F.3d 660, 4th Cir., 16.01.1997), se consideró que el caso estaba maduro para su resolución judicial, en tanto la imposición de una eventual sanción por parte de la agencia administrativa, por su importancia (denegar permisos de minería), podrían causar un inmenso daño a las sociedades, al cancelar proyectos, incrementar costos, perder oportunidades de negocios y reputación comercial y también implicaría pérdida de fuentes de trabajo. Consideraciones surgen de la sentencia dictada recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Johnson diversey de Argentina*.

(33) 64 F.3d 1495.

(34) 99 F.3d 8 (1st Cir. 1996).

(35) LAMBERT, Wm. Grayson, "Toward a Better Understanding of Ripeness and Free Speech Claims", 65 *S.C. L. Rev.* 411, 2013.

(36) 503 U. S. 140.

(37) CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, 2009, ps. 71/72.

(38) FLOREN, David, "Pre-Enforcement Ripeness Doctrine: The Fitness of Hardship", 80 *Or. L. Rev.* 1107 (2001).

(39) 347 US 222 (1954).

(40) "With the abstract principles of law relied on by the majority for dismissing the case I am not in disagreement. Of course federal courts do not pass on the meaning or constitutionality of statutes as they might be thought to govern mere 'hypothetical situations'. Nor should courts entertain such statutory challenges on behalf of persons upon whom adverse statutory effects are 'too remote and abstract an inquiry for the proper exercise of the judicial function'". En verdad, los argumentos de la disidencia parecen lo suficientemente contundentes como para no compartir el criterio de la mayoría. Escribía Black: "This looks to me like the very kind of 'case or controversy' courts should decide... Thus, the threatened injury which the Court dismisses as 'remote' and 'hypothetical' has come about. For going to Alaska to engage in honest employment, many of these workers may lose the home this country once afforded them... Maybe this is what Congress meant by passing § 212 (d). And maybe, in these times, such a law would be held constitutional. But even so, can it be that a challenge to this law on behalf of those whom it hits the hardest is so frivolous that it should be dismissed for want of a controversy that courts should decide? Workers threatened with irreparable damages, like others, should have their cases tried." Como vemos, el problema no reside tanto en la doctrina general, sino en su aplicación a los casos particulares.

(41) Fallos 255:195.

(42) Fallos 284:334.

(43) Fallos 306:1125-

(44) Se ha aceptado, por ejemplo, la nota remitida por la Provincia a una empresa requiriéndole el detalle de los bienes sujetos al gravamen con su valuación, es indicativo de la intención del organismo estatal de aplicar la nueva normativa a fin de cobrarle el impuesto (CSJN, "*Chevron San Jorge SRL c/ Río Negro, Provincia de s/ Acción declarativa*", C 663, 26.03.2009).



- (45) Fallos 328:2440.
- (46) Fallos 328:1701.
- (47) Fallos 323:959, en igual sentido: Fallos 324:1648.
- (48) Fallos 330:3109.
- (49) Fallos 324:2315.
- (50) Fallos 333:1088.
- (51) 364 F.2d 197, 204 (4th Cir. 1966).
- (52) Fallos 333:1088.

(53) Afirma Sagüés que si una ley o norma general es directamente operativa, en el sentido de que no precisa de ninguna otra norma reglamentaria para su aplicación, y produce ya, con su sola promulgación, efectos jurídicos concretos (v.gr., si restringe o produce la pérdida de una facultad o derecho), la norma en cuestión causa un daño e importa un "acto lesivo" a los fines de la acción de amparo (Sagüés, Néstor P., Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo, 4ta. ed., Astrea, 1995, p. 99/100). En el mismo sentido, Hubeñak, Juan Manuel, La sola sanción de la ley constituye "caso" judicial en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional, L.L. 2001-C, 249.

- (54) Hubeñak, op. cit. ant.
- (55) SAGÜÉS, Néstor P., Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo, op. cit., p. 100.
- (56) Redlich, Norman - Schwartz, Bernard - Attanasio, John, op. cit., p. 24.
- (57) 272 U.S. 365.

(58) Si bien no se trata del efecto más grave de la normativa impugnada, está fuera de dudas que la nueva puesta en operatividad de la ley 20.680 genera un impacto negativo en la valuación de todas las empresas argentinas, ya que todos sus derechos económicos son colocados en una situación condicional bajo la discrecional voluntad de la autoridad de aplicación.

- (59) 57 F.3d 1099 (D.C. Cir. 1995)
- (60) 268 U.S. 510.

(61) "The injury to appellees was present and very real, not a mere possibility in the remote future. If no relief had been possible prior to the effective date of the act, the injury would have become irreparable. Prevention of impending injury by unlawful action is a well-recognized function of courts of equity."

- (62) 367 U.S. 497 (1961).

(63) El caso cuenta, de todos modos, con importantes disidencias que consideraron que el caso era actual y concreto.

(64) "Nevertheless, the present case was brought, the appeal as of right is properly here, and it is our duty to decide the issues presented" (Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 -1968-).

(65) Redlich, Norman - Schwartz, Bernard - Attanasio, John, op. cit., p. 28. En este sentido afirman los mismos autores que el caso no puede ser considerado prematuro si el camino de una revisión posterior estará abierto únicamente ante el riesgo de incurrir en una conducta sancionada penalmente, "aquellos afectados no deben tener que esperar hasta después de que caiga el hacha" (p. 25).

- (66) Fallos 308:2569.
- (67) Fallos 310:977.
- (68) Fallos 310:2813.
- (69) Fallos 322:1641.
- (70) Fallos 322:1253.
- (71) Fallos 317:1195.

(72) Fallos 318:32.

(73) Fallos 314:1186.

(74) Fallos 331:1412.

(75) Johnson diversey de Argentina S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad, 10/04/2014, Causa J 138/2008.

(76) TORICELLI, Maximiliano, "Las acciones de inconstitucionalidad", en AAVV, Derecho Procesal Constitucional, Manili -Dir.-, La Ley, Bs. As., 2009, tomo II, p. 91.

(77) BIANCHI, Alberto B., "La acción declarativa de inconstitucionalidad", en AAVV, Tratado de los derechos constitucionales, RIVERA, Julio César (h) y otros, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2014, Tomo III, p. 977.

(78) Por ejemplo porque el planteo jurídico se encuentra entrelazado con cuestiones de hecho que aún no pueden ser adecuadamente mensuradas, o porque que estamos frente a una ley que puede considerarse en desuetudo y cuyas consecuencias, en caso de aplicarse, no fueran graves.