

La prohibición de emitir opiniones consultivas en el Poder Judicial de la República Argentina

Carlos José Laplacette

1. La regla y sus orígenes [arriba] -

Las opiniones consultivas son una interpretación del derecho efectuadas por el tribunal, sin efecto vinculante para quienes las solicitan, similares a un dictamen académico[1]; se trata de “una decisión judicial incapaz de cambiar nada en el mundo real.”[2] En una opinión consultiva, la constitucionalidad de una ley es analizada in vacuo; no hay un caso real, no hay hechos, no hay un individuo que haya sido dañado o que esté siendo protegido.[3]

La posibilidad de que el Poder Judicial emita esta clase de declaraciones ha sido rechazada desde los inicios en la República Argentina, así como en el país en el cual la Constitución Nacional moldeó la estructura y funcionamiento de su Poder Judicial, es decir, los Estados Unidos. En *Flast v. Cohen*[4], la Suprema Corte de aquél país afirmó que la regla más antigua y constante en materia de derecho judicial es aquella por la cual los tribunales federales no emitirán opiniones consultivas. Sin embargo, algunos autores estadounidenses han puesto en duda la supuesta constancia de la regla, al menos en las primeras décadas de funcionamiento de la Suprema Corte de ese país.[5]

Al explicar los orígenes de esta regla se recuerda que en la Convención de Filadelfia, al discutirse el texto de la Constitución, se analizaron las funciones que correspondían encomendarle al Poder Judicial y se rechazó la posibilidad de que las Cámaras legislativas o el Departamento Ejecutivo pudieran requerir a la Suprema Corte “opiniones acerca de importantes cuestiones de derecho y en ocasiones solemnes”. Aun cuando no existen registros, se considera que lo más lógico es concluir que los constituyentes consideraron que este tipo de opiniones resultarían incompatibles con un sistema constitucional en el cual los jueces ya no fueran sirvientes del ejecutivo o de las legislaturas. Esa conclusión estaría reforzada por otros elementos surgidos de la Convención de Filadelfia, como, por ejemplo, el haberse rechazado la propuesta de

permitir al Presidente solicitar opiniones escritas a un comité compuesto por altos oficiales del Departamento Ejecutivo y jueces de la Suprema Corte; en su lugar, se incorporó en la sección segunda del artículo II la posibilidad del presidente de “exigir opinión por escrito al jefe de cada departamento ejecutivo sobre cualquier asunto que se relacione con los deberes de sus respectivos cargos”. Esa cláusula surgió luego de que la Convención rechazara la propuesta de establecer un comité judicial-ejecutivo autorizado a revisar y corregir los proyectos de ley, a fin de garantizar su sabiduría y justicia. En el caso, muchos delegados expresaron la convicción de que los jueces no deberían verse envueltos en un análisis político o jurídico sobre una ley que luego podría ser motivo de litigio ante sus estrados.[6]

Dos antecedentes judiciales clásicos en esta materia son el Hayburn’s Case[7] y el intercambio de cartas entre la Suprema Corte y Tomas Jefferson, por entonces Secretario de Estado del presidente Washington, en lo que se conoció como la crisis de la neutralidad. En el primero de ellos, los jueces de las Cortes de Distrito se negaban a aplicar una ley del Congreso por la cual debían emitir un dictamen respecto de aquellas personas que solicitaran una pensión como veteranos de guerra; ese dictamen no era obligatorio para los funcionarios del Departamento Ejecutivo. Los jueces se negaban a aplicar esa ley, por entender que les imponía realizar tareas que no tenían naturaleza judicial y en las cuales su decisión quedaría supeditada al control de otro Departamento, lo que consideraban incompatible con la independencia del Poder Judicial. Finalmente el Congreso modificó la norma y la Corte no llegó a resolver sobre el particular.

Más allá de que no haya existido un pronunciamiento efectivo de la Corte Suprema, el caso es significativo por dos motivos. Por un lado porque hacen explícita la idea de que el Poder Judicial no tiene por función brindar consejos y que sus decisiones deben ser definitivas, es decir, no estar sometidas a un control directo ejercido por poder. Por otra parte, y como bien lo señalan Novak y Rotunda, el antecedente es sumamente significativo, en tanto refleja la posición de algunos jueces de negarse a aplicar una ley del Congreso por objeciones de índole constitucional, varios años antes de Marbury.[8]

En la segunda ocasión, Jefferson solicitó a la Corte su opinión legal acerca de determinadas cuestiones derivadas de la proclamación de neutralidad realizada por el presidente Washington frente a la guerra entre Francia e Inglaterra, y su relación con un tratado anterior de alianza entre los Estados Unidos y Francia.[9] Mediante una nota con fecha 8 de agosto de 1793 la Corte respondió que de acuerdo con el sistema de división de poderes establecido por la Constitución, la emisión de tales opiniones no correspondía a la función jurisdiccional. Si bien en estos casos sólo se estableció que el Presidente carecía de poder para exigir a la Corte la emisión de una opinión consultiva, de todos modos el tribunal fue dejando en claro que él carece de la discreción de emitirlos bajo cualquier circunstancia.[10]

En la actualidad, la prohibición de emitir opiniones consultivas regla mantiene toda su vigencia en los Estados Unidos anota Tribe que aún en aquellos Estados donde las opiniones consultivas son permitidas (Colorado, Florida, Massachussets, etc), los jueces que las emiten usualmente mantienen la noción de que, haciendo tal cosa, están realizando una función extrajudicial, y que en consecuencia su valor como precedente se ve drásticamente limitado.[11]

2. Adopción de la regla en la República Argentina [arriba] -

La prohibición de emitir opiniones consultivas fue rápidamente adoptada en nuestro país, y siempre se la consideró una derivación necesaria del papel que la Constitución Nacional había reservado al poder judicial.

El 26 de octubre de 1863, una situación muy similar a la del Haybrun's Case fue resuelta de idéntica forma por nuestro Máximo Tribunal, en el caso Varios Comerciantes de Rosario.[12] Sobre este evento, Felipe Pérez[13] relata que un grupo de comerciantes de la ciudad de Rosario solicitó al Poder Ejecutivo de la Nación “una declaración que señalase de modo claro y preciso, el espíritu y la letra de las leyes generales del comercio, y muy especialmente de los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional”. Clodomiro Zavalía, quien comentó el caso en su Historia de la Corte Suprema[14], explica que el problema se originaba en una publicación de un diario de aquella ciudad, en la que el Poder Ejecutivo de la provincia de Santa Fe aceptaba la

renuncia del doctor Agustín Matienzo a su cargo de Juez de Comercio, lo que hacía temer a los presentantes que sus reclamaciones en esa materia quedaran sujetas al solo fallo del Juez de Alzada, quien no resultaba una persona de su confianza. La nota de los comerciantes rosarinos al Presidente de la Nación, fue remitida por éste a la Corte Suprema de la Nación, la cual resolvió que “no le corresponde hacer declaraciones generales en ningún caso, y menos dictar reglas de procedimiento a las justicias de provincia.”[15]

Al poco tiempo la Corte agregó que los tribunales de la Nación no pueden “resolver cuestiones en abstracto, sino casos judiciales, aplicando a ellos las disposiciones de la leyes”. [16] Luego, en Fallos 2:254 indicó que “no puede pedirse a la Suprema Corte, que emita su opinión sobre una ley, sino aplicándola a un hecho y señalando al contradictor”.

El último de los casos citados se había originado en un conflicto entre la Provincia de Mendoza y el Senado de la Nación, al rechazar este último los títulos del senador electo por la legislatura, quien comunicó lo decidido al Gobernador de Mendoza, para que la provincia, por medio de una legislatura constitucionalmente conformada procediese a una nueva elección. En respuesta a esa decisión, la Legislatura mendocina se reunió y emitió un decreto por el cual se le requería al Gobernador que le envíe al Presidente de la Nación los antecedentes del caso, a fin de que la Corte Suprema de la Nación declare si su legislatura era o no constitucional. Con esos antecedentes, el Dr. Roque Pérez, por encargo del Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza, se presentó ante la Corte Suprema a fin de que ésta se pronunciase sobre la constitucionalidad de la legislatura local. La Corte Suprema se declaró incompetente para resolver la cuestión remitiendo al dictamen de la Procuración General, en el cual expuso que “formulada así la petición, no es una demanda, sino una consulta; -pero, la misión de un Tribunal de Justicia es aplicar las leyes a los casos ocurrentes, y su facultad de explicarlas e interpretarlas se ejerce solo aplicándolas a las controversias que se susciten ante ellos para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones; y no puede pedirse que el Tribunal emita su opinión sobre una ley, sino aplicándola a un hecho señalando al contradictor”. [17]

La doctrina de Varios Comerciantes de Rosario, Augusto Manuel Montes de Oca y Roque Pérez, se mantuvo y fue reiterada a lo largo de toda la historia de la Corte Suprema. Por ejemplo, en Alfredo Masi[18], el Presidente de la Cámara Federal de La Plata solicitó a la Corte que se pronuncie acerca de la validez constitucional de una nueva legislación electoral que le imponía a éste integrar la Junta Electoral Nacional, el Tribunal respondió que “es principio reiterado de la jurisprudencia de esta Corte (...) el de que carece de jurisdicción para evacuar consultas” y esa “esa doctrina vale también para los jueces, salvo que tales consultas sean las previstas por la ley y constituyan un medio para el ejercicio de la competencia judicial o superintendencial de esta Corte”, por lo que “son ajenas a la competencia del Tribunal las dudas que los jueces a cargo de funciones electorales experimenten respecto del acierto o la validez de las normas o actos dictados para regularlas”.

Otro antecedente podemos encontrarlo en el año 1975, cuando la Corte señaló que en tanto la agrupación política que solicita su reconocimiento como partido político, se halla en condiciones para obtenerlo tanto bajo el régimen del decreto ley 19102/71 como por el de la ley 16652, carece de finalidad práctica decidir cuál de tales normas resulta aplicable, por lo que la cuestión resulta abstracta y ajena al conocimiento de la Corte Suprema, en cuanto no presenta el caso o causa que justifique el pronunciamiento jurisdiccional.[19] En otra ocasión se afirmó que por mandato constitucional los jueces no pueden tomar por sí una ley o una cláusula constitucional y estudiarla en teoría, sino sólo aplicarla a las cuestiones que se suscitan o se traen ante ellos por las partes a fin de asegurar el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones. Dicho presupuesto no se cumple cuando el interés personal de “ciudadano” no resulta apto para cuestionar un tratado limítrofe.[20] La necesidad de que exista efectivamente una controversia, y no un mero pedido de opinión, ha sido destacada por la Corte al analizar la procedencia de las pretensiones meramente declarativas establecidas en el artículo 322 del código de procedimientos.[21]

Un caso curioso, por el notable descuido que le diera origen, es el de la causa Rico.[22] En ella los actores se presentaron ante la Corte Suprema de Justicia para solicitar que “otorgue certeza respecto de cuál es el texto completo de la Constitución Nacional vigente y declare que la Ley Fundamental de nuestro país incluye el texto

debatido, votado y aprobado por la Convención Nacional Constituyente el día 1 de agosto de 1994 y que incluye la norma que en esa ocasión fuera numerada provisionalmente como artículo 68 bis.”[23]

La mayoría de la Corte resolvió, con cita de Roque Pérez[24] que la demanda resultaba inadmisibile, en cuanto “los órganos del Poder Judicial de la Nación están llamados a decir qué es el derecho, pero en el seno de una causa o controversia y no, como aquí ocurre, en el marco de las llamadas opiniones consultivas”. [25] De modo más reciente, al resolver sobre una cuestión de competencia, la Corte Suprema reafirmó la necesidad de que exista efectivamente una controversia entre partes contrarias para habilitar la actuación del poder judicial. Frente a una demanda interpuesta por un particular para que se determinara a cuál de los codemandados - Estados Nacional, Provincial y Municipal- le asistía el derecho sobre el predio en que se asienta su fondo de comercio, para negociar luego legítimamente con el titular la continuidad de la explotación que realizaba de hecho en el lugar; la Corte rechazó in limine la demanda por considerar que la actora postulaba una consulta sobre la titularidad de un edificio, sin que existieran partes adversas, ni pudieran siquiera ser presupuestos intereses contrarios. Agregó la Corte que tampoco existía acto alguno actual ni en ciernes por parte de los demandados que pudiera significar alguna afectación para la actora, lo cual demostraba el carácter meramente consultivo del reclamo, y la ausencia de conflicto al que se refiere el art. 2° de la ley 27, es decir causas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas.[26] Unos meses más tarde, desestimó in limine una demanda tendiente a hacer cesar el estado de incertidumbre en el que decía encontrarse la actora, por la falta de una regulación específica de su actividad y a conocer la totalidad de las normas que rigen el servicio que presta.[27]

De modo más reciente la Corte Suprema afirmó que “frente a las dudas que aduce la actora sobre la aplicación de la normativa provincial, lo que aquélla pretende es obtener un pronunciamiento judicial que la ponga a resguardo de las eventuales responsabilidades en que podría incurrir, pero ni siquiera ha mencionado la existencia de manifestaciones concretas que revelen la posibilidad de un actuar enderezado al establecimiento de dichas responsabilidades, máxime cuando de haber seguido el

procedimiento que omitió... contaba con la posibilidad de poner en conocimiento de las autoridades municipales las actuaciones cumplidas y, eventualmente, invocar su obrar diligente en el caso. En consecuencia, la petición formulada constituye... una consulta a los órganos judiciales acerca de la obligatoriedad para la empresa demandada de cumplir con las prescripciones de las normas locales y de su consecuente competencia para verificar su acatamiento, lo que es inadmisibile pues desde antiguo el Tribunal ha establecido que carece de competencia para evacuar consultas que le formulen los órganos administrativos o judiciales (cf. Fallos: 319:1363, voto de los jueces Petracchi y Bossert y, en lo pertinente, doctrina de los fallos allí citados), en especial, si se tiene en cuenta que no sería aceptable que un organismo a quien le fue delegada la, facultad de verificar el cumplimiento de una norma consulte al Poder Judicial sobre si ésta debe o no ser acatada por el sujeto sometido a su control”.[28]

3. El carácter final de la decisión [arriba] -

Hemos visto ya que del Hayburn’s case surge algo más que la necesidad de una resolución generadora de efectos concretos a las partes; además, esa decisión judicial debe ser definitiva y no estar sujeta a la revisión de los otros poderes del gobierno. Esta característica ha sido vista con particular interés por la jurisprudencia norteamericana.

Por ejemplo, en *Chicago & Southern Air Lines, Inc.*[29]se rechazó la posibilidad de ejercer el control judicial de una decisión de la autoridad aeronáutica estatal que luego era revisable por el Presidente. En esta ocasión la Corte de Apelaciones había considerado que podía revisar la decisión de la autoridad administrativa, y que ese pronunciamiento judicial luego sería analizado por el Presidente, por lo que no existiría posibilidad de que se generase una incongruencia entre tales decisiones. Sin embargo, la Suprema Corte alertó que “si el Presidente puede ignorar por completo una sentencia tribunal, ello será solo porque se trata de una decisión que las Cortes no están autorizadas a realizar. Las sentencias dictadas en el marco del artículo III de la Constitución, no pueden legalmente ser objeto de revisión, revocación o demérito por otro Departamento del Gobierno”. Advierte la propia Corte que “revisar una decisión

administrativa, sin otro valor que el de una recomendación al Presidente, sería emitir una opinión consultiva en su forma más odiosa: un asesoramiento que el Presidente no ha pedido, a instancias de un litigante privado, y en una materia de competencia exclusiva del primero. Esta Corte, en forma temprana y prudente, ha decidido que no emitiría opiniones consultivas incluso cuando fue consultada por propio Jefe del Ejecutivo”.

De esta forma, el principio sentado en *Hayburn's* no se detiene en la sola necesidad de que exista una controversia concreta que pueda ser resuelta, con efectos concretos, por el Poder Judicial. También es necesario, para que la función jurisdiccional pueda ejercerse en forma apropiada, que la decisión judicial sea definitiva y no esté sometida a una posterior revisión por los restantes poderes. Ello ha llevado a afirmar que el art. III de la Constitución estadounidense garantiza la independencia del Poder Judicial, previniéndolo de la revisión de sus decisiones por parte de los restantes poderes de gobierno.[30]

4. Los tribunales y el asesoramiento extrajudicial a otros poderes [arriba] -

Muy vinculado con el punto anterior está la posibilidad de que el Poder Judicial o sus integrantes actúen asesorando al Presidente o al Congreso. En la doctrina norteamericana existen quienes consideran que el requisito de la causa o controversia impide a los tribunales federales actuar como órganos asesores de los otros poderes.[31] Se señalan, es cierto, la existencia de ciertas excepciones informales a la regla. Una de ellas data del año 1822, cuando el presidente Monroe consultó a varios miembros de la Corte sobre la legalidad de la construcción de determinadas carreteras y caminos, a lo que el Presidente del Tribunal respondió, en forma general e indirecta, indicando la posición favorable de la Corte para con las acciones proyectadas. También se menciona como una verdadera opinión consultiva el comentario del presidente de la Corte, Hughes, en nombre del cuerpo, considerando inconstitucional la propuesta del presidente Roosevelt de dividir la Corte en salas.[32] Pero fuera de esos casos excepcionales, y que podrían bien ser considerados como actividades informales de la Corte, más que como excepciones, la jurisprudencia de la Corte siempre ha entendido que el Poder Judicial no ha sido previsto como un órgano

consultor.

En nuestro país, en cambio, ha existido una mayor actividad asesora de parte de los jueces. Posiblemente uno de los ejemplos más claros lo constituyen las comisiones para la elaboración de proyectos de ley que, en gran cantidad de ocasiones, estuvieron integradas por jueces en actividad. Uno de los casos más notorios fue el de la 48, promulgada el 14 de septiembre de 1863 y cuyos redactores fueron los integrantes de la primera Corte Suprema de la Nación, doctores Francisco de las Carreras, Salvador María del Carril, Francisco Delgado, José Barros Pazos y Francisco Pico; habiendo sido presentada al Senado de la Nación por el entonces presidente Mitre y su ministro de justicia, don Eduardo Costa.[33]

Un caso muy resonante tuvo lugar en el año 1989, a través del dictado de la Acordada 44 de 1989.[34] Aquí la mayoría del Tribunal[35], tras manifestar haber tomado conocimiento, a través de la prensa, de que el Poder Ejecutivo de la Nación había enviado al Congreso un proyecto de ley para modificar la composición el Tribunal, sostuvo que “no puede permanecer ajena a una circunstancia de tan seria repercusión sobre las instituciones republicanas” que la comprometen como cabeza de un poder del Estado, por lo que constituiría “un imperativo ético e institucional que esta Corte contribuya al esclarecimiento de un tema tan capital, máxime cuando su experiencia y juicio, por vincularse con puntos básicos de su organización, parece tener un valor difícilmente sustituible”, y se citó en apoyo de esta posición la Opinión dirigida al Senado el 10 de agosto de 1964 y Fallos 241:112, así como el antecedente de la propia ley 48. En ese marco se formularon diversas consideraciones contrarias a la posibilidad de ampliar el número de miembros del Tribunal. En esa misma Acordada, el presidente del Tribunal disintió sobre la posibilidad de emitir este tipo de opiniones, y la asunción de esta posición minoritaria condujo a su renuncia pocos días después, la cual quedó plasmada en la Acordada 45/1989.[36]

Más allá del juicio de valor que pueda hacerse sobre estas actividades, lo cierto es que no estamos ante el ejercicio de funciones judiciales y que de ningún modo podrían dar lugar al ejercicio del control de constitucionalidad.

Otro caso muy cercano está dado por los obiter dicta de las sentencias, en especial cuando se trata de la Corte Suprema. Ellos, así como sirven para ilustrar mejor el alcance del fallo, en ocasiones van mucho más allá, intentando fijar un determinado curso o política de acción a otros poderes, sobre cuestiones que no forman parte del litigio (v.gr., Grupo Clarín...).

5. Opiniones consultivas y pretensiones declarativas ^[arriba] -

Los pedidos de opiniones consultivas guardan una estrecha relación con las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad, tanto que en muchas ocasiones la línea divisoria es sumamente difusa. Esto contribuyó, como veremos luego, a que durante mucho tiempo se considerase que las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad no podían dar lugar a un caso judicial.

Un ejemplo de relevancia aquí lo podemos encontrar a principios del siglo XX en la causa *Muskrat v. UnitedStates*[37]. Allí los actores promovieron una demanda, en nombre propio y en nombre de otros que se hallaban en su misma situación, a fin de que se determine la validez constitucional de una ley de 1906 por la cual se ampliaba el número de indios entre los cuales se distribuirían tierras. La Corte concluyó que la regla esbozada en *Hayburn's case*, según la cual ni el Presidente ni el Poder Ejecutivo pueden requerir opiniones consultivas o declarativas al Poder Judicial, constituía una exigencia constitucional aplicable también a los particulares. Así se afirmó que “por los términos expresos de la Constitución, el ejercicio del poder judicial se limita a ‘casos’ y ‘controversias’ (...) “la función judicial es la función de resolver controversias actuales que surjan entre litigantes adversos (...) No se extiende más allá, y a menos que se haya requerido dentro de una causa o controversia en su sentido constitucional, la facultada de ejercerlo no está conferida en ninguna otro lugar”. En este caso se rechazó la posibilidad de considerar al Poder Judicial como una instancia ordinaria para controlar genéricamente la validez de los actos estatales[38], explicando que “el ejercicio de éste, el más importante y delicado deber de esta Corte (a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes del Congreso) no está dado a ella como a un cuerpo con poder de revisión sobre la acción del Congreso, sino porque los derechos de los litigantes en las controversias judiciales imponen a la Corte

elegir entre la ley fundamental y la ley común que debería ser sancionada dentro del poder constitucional, pero que en el hecho ha sido sancionada excediendo el poder delegada a la rama legislativa del gobierno”.

Lo expresado en *Muskrat* ha sido luego reiterado en innumerables ocasiones, erigiéndose en una regla constitucional que limita el ejercicio de la función judicial. Así en *LibertyWarehouse Co. v. Grannis*[39], la Corte norteamericana expresó que por lo establecido en el artículo III de la Constitución, la jurisdicción de los tribunales federales está limitada a causas o controversias presentadas adecuadamente, con partes adversas, en donde los reclamos de los litigantes estén dirigidos, por los procedimientos ordinarios, a obtener la observancia o protección de sus derechos, o a prevenir, remediar o castigar los agravios que sufran, y donde el Poder Judicial sea capaz de resolver sobre ellos y dictar una sentencia que genere efectos entre las partes, y no se extiende a la determinación de cuestiones abstractas o casos presentados con el fin de hacer valer la opinión de la corte sin verdaderas partes o sin una conflicto real. En esta causa, los actores, quienes se dedicaban a la venta de tabaco en el Estado de Kentucky, afirmaban que sus derechos habían sido afectados en forma concreta y grave por determinadas previsiones de una ley de ese Estado que regula la venta de tabaco, y que para la realización de sus negocios, era necesario determinar sobre la validez o no de la ley, así como de las sanciones que la misma preveía, y que no podía continuar su actividad sin una pérdida financiera por valor de la confiscación de sus derechos. Sin embargo, no había ninguna denuncia de que los demandantes habían realizado o estaban contemplando realizar alguna de las actividades prohibidas y penados en la ley, o que la autoridad haya amenazado en modo alguno proceder en su contra.

Este último aspecto de la sentencia ha sido aplicada reiteradamente por la jurisprudencia nacional a fin de rechazar demandas declarativas de inconstitucionalidad donde no existía ningún acto estatal que hiciera prever la consumación de un perjuicio.[40] No obstante, el precedente ha sido ampliado, a mi entender erróneamente, al caso de leyes autoaplicativas.[41]

Sin embargo, pocos años después, la propia Corte estadounidense se encargaría limitar

los alcances de esta regla, al reconocer la validez constitucional de las sentencias declarativas como vía procesal apta para controlar la constitucionalidad de los actos estatales en tanto y en cuanto responda a una controversia clara y concreta que afecte las relaciones jurídicas entre partes con intereses legales contrapuestos, y la decisión del tribunal tenga un carácter concluyente respecto de esa disputa[42].

6. Evaluación de la regla [arriba] -

Una crítica que se ha efectuado por algunos autores en los Estados Unidos, reside en que la utilización del término *advisory opinions* por parte de los tribunales ortos ha sido extremadamente descuidada (*sloppy*), incluyendo cosas tan diversas como aquellas decisiones del poder judicial sujetas a revisión por otro poder del Estado, o los consejos brindados a otro poder del Estado en forma previa a que éste tome su propia decisión sobre el tema, o aquella opinión que no sea verdaderamente necesaria para resolver el caso, como los *obiter dicta* de una sentencia, o también cualquier decisión sobre el fondo de la cuestión cuando el caso es prematuro o debido abstracto o en el cual las partes carecen de legitimación.[43] Sin embargo, es posible entender que sólo las dos primeras acepciones implican una limitación constitucional concreta y pueden ser analizadas en forma independiente de otros aspectos del caso judicial.

En nuestro país, Ekmekdjian propició que la Corte Suprema asuma funciones de tipo consultivas, aunque con consecuencias que parecen inquietantes. Afirma este autor que “si bien es cierto que la función primordial de la Corte Suprema de Justicia es la de ejercer -en última instancia- la función jurisdiccional, su razón de ser no se agota en ella. Como cabeza de uno de los poderes del Estado, tiene el derecho y hasta diríamos el deber, de dar su opinión cuando circunstancias excepcionales así lo requieran. Se nos contestará que -de esta manera- podría haber prejuzgamiento. Si esta situación se produjera, nada más sencillo de resolver, con la recusación o excusación de los miembros firmantes y la integración del tribunal con los conjuces”. [44] Esa mención a la recusación o excusación de los magistrados demuestra, a mi criterio, lo desafortunado que puede llegar a ser una extensión excesiva de la doctrina. Si la situación efectivamente se presente, y por las opiniones vertidas en una acordada anterior -no vinculante para los restantes poderes-, los

integrantes de la Corte deben ser sustituidos por conjuces cuando el caso concreto arribe a sus estrados, lo que tenemos es un complicado entuerto, donde los encargados de emitir la última palabra no serán los titulares del órgano cabeza del Poder Judicial. Sumémosle a esto la posibilidad que las distintas opiniones de los subrogantes, terminen dando lugar a sentencias contradictorias sobre el mismo tema.

A la hora de justificar esta regla, la primera y más obvia justificación es aquella que señala que es la propia Constitución quien asigna a los tribunales la función de resolver casos concretos y no cuestiones abstractas de política legislativa.[45] Sin embargo, más allá de esa explicación, existen diversas consideraciones prácticas que dan sustento a esa solución.

Una primera justificación, de carácter político más que jurídico, puede extraerse de las observaciones de Alexis de Tocqueville. Señalaba el francés[46] que “los norteamericanos han confiado a sus tribunales un inmenso poder político; pero habiendo obligado a éstos a no atacar las leyes sino por medios judiciales, han disminuido mucho los peligros de tal poder. Si el juez hubiera podido atacar las leyes, de una manera teórica y general; si hubiera podido tomar la iniciativa y atacar al Legislador, hubiera entrado decididamente en la escena política. Convertido en el campeón o en el adversario de un partido, suscitando todas las pasiones que dividen el país a tomar parte en la lucha... En este sistema no se ve expuesta [la ley] a las agresiones diarias de los partidos. Al señalar las faltas del legislador, se obedece a una necesidad real: se parte de un hecho positivo y apreciable, puesto que debe servir de base a un proceso. No sé si esta manera de obrar de los tribunales norteamericanos, al mismo tiempo que es la más favorable al orden público, no es también la más favorable a la libertad. Si el juez no pudiera atacar a los legisladores sino de frente, hay épocas en que temería hacerlo y hay otras en que el espíritu de partido lo impulsaría a atacarlas cada día. Así sucedería que las leyes podrían ser atacadas cuando el poder de donde emanan fuera débil, sometiéndose a ellas sin murmurar cuanto fuera fuerte... Estrechado en sus límites, el poder concedido a los tribunales norteamericanos de pronunciar fallos sobre la anticonstitucionalidad de las leyes forma aún una de las más poderosas barreras que se hayan levantado nunca contra la tiranía de las asambleas políticas”. [47]

Otras consideraciones refuerzan la prohibición de emitir opiniones consultivas.

Por un lado, las meras opiniones vertidas por los tribunales no tienen por qué ser vinculantes para las partes, y si ellas no están obligadas a aceptar la solución que les da la Corte, el poder de ésta se vería erosionado y ningún bien le haría que las partes tomen el hábito de no obedecer sus decisiones. Por otro lado, las opiniones consultivas socavan la teoría básica sobre la que se asienta el sistema contradictorio, estimándose que en una opinión consultiva no se debatan todas las cuestiones de interés y que, en definitiva, los tribunales podrían resolver en un sentido diverso cuando el caso concreto llegue a su conocimiento. Por otra parte, siendo la declaración de inconstitucionalidad de una norma un poder que los tribunales deben ejercer en forma prudente y como una ultima ratio del ordenamiento jurídico, el mismo solo se justifica cuando los hechos del caso fuerzan a la Corte a interpretar y aplicar la Constitución aún en desmedro de otra norma jurídica. En particular, se señala que los constituyentes específicamente rechazaron la posibilidad de revestir a los jueces con la facultad de emitir opiniones consultivas y se entiende inapropiado para una democracia, que los integrantes de un poder que no cuenta con un origen democrática directo, cuenten con la facultad de introducir en las leyes su propios puntos de vista sin que exista la necesidad de decidir un caso concreto.[48]

Agreguemos a ello que frente a un conflicto real, y no meramente hipotético, el juez contará con mucha más información para poder resolver el pleito. En este aspecto se ha expresado que “la gran debilidad una decisión sin un caso real es que se emite in vacuo, ella está divorciada de la vida real y de los hechos concretos. Las opiniones consultivas están en consecuencia obligadas a moverse en una atmósfera irreal y basarse sobre cuestiones esterilizadas y mutiladas. Un cuerpo que funciona como un tribunal de justicia no puede, mediante una respuesta genérica a una pregunta genérica, adjudicar con antelación los derechos de todos. Esa no es la forma adecuada en que se desarrolla un sistema de ‘case-law’. Un tribunal se ocupa de casos particulares; y espera a que ellos se planeen”. [49]

En términos similares, la Suprema Corte de los Estado Unidos ha afirmado que las

cuestiones legales deben ser resueltas por el Poder Judicial, “no en la atmósfera enrarecida de una sociedad en debate, sino en un contexto fáctico concreto que conduzca a una apreciación realista de las consecuencias de la decisión judicial”. [50]

Desde otra óptica, Frankfurter ha considerado que “quizá el mayor costo de permitir la emisión de opiniones consultivas está dado por el debilitamiento de la responsabilidad legislativa y popular. Legislar no es un simple derecho de la legislatura, es su deber. Dejemos que las legislaturas se informen lo mejor que puedan, pero la carga de la decisión no debe ser trasladada a los tribunales”. [51]

Incluso se ha considerado que una utilización agresiva de la facultad de emitir opiniones consultivas que poseen diversos tribunales internacionales de derechos humanos, trae como resultado alejar a los Estados de los tribunales, en lugar de alentarlos a aceptar la jurisdicción obligatoria, al tiempo que puede desalentar que aquellos adhieran a tratados de derechos humanos, a punto tal de convertirse en una victoria pírrica. [52]

Si bien a primera vista esta regla parecería una forma de restricción a las competencias judiciales, en la práctica ha servido para extender la influencia del poder judicial sobre los poderes políticos. Por un lado, porque la legislatura no puede saber de antemano si las leyes serán declaradas inconstitucionales o mantenidas en pie, y por otra parte, porque le permite al tribunal manejar el momento en el que emitirá su decisión y, de ese modo, preservar del mejor modo su capital político. [53]

Notas [arriba] -

[1] Conf. Black’s Law Dictionary, fifth edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1979, p. 50.

[2] LEE, Evan Tsee, “Deconstitutionalizing Justiciability: The Example of Mootness”,

105 Harv.L.Rev. 603, 643/644 (1992), con cita de Erwin Chemerinsky.

[3] DOERNBERG, Donald L. - MUSHLIN, Michael B., "History comes calling: Dean Griswold offers new evidence about the jurisdictional debate surrounding the enactment of the Declaratory Judgment Act", 37 UCLA L. Rev. 139 1989-1990.

[4] 392 U.S. 83.

[5] "Hoy las opiniones consultivas son un anatema para el poder judicial federal, pero los primeros jueces de la Suprema Corte no fueron renuentes a proveer consejos extrajudiciales al Departamento Ejecutivo. A pesar del rechazo de los jueces a emitir una opinión consultiva en una ocasión durante la Crisis de la Neutralidad del año 1793, esa negativa fue una excepción (aunque una excepción que se convertiría en regla) a sus prácticas ordinarias. John Jay, el primer presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, brindó opiniones consultivas al Departamento Ejecutivo en una amplia variedad de materias antes de rehusarse a ello en 1793. Luego de la Crisis de la Neutralidad, el tercer presidente de la Suprema Corte, Oliver Ellsworth, continuó con esa práctica" (CASTO, William R., "Two Advisory Opinions by Chief Justice Oliver Ellsworth", 6 Green Bag 2d 413, 2003).

[6] PUSHAW, Robert J., "Why the Supreme Court Never Gets any "Dear John" Letters: Advisory Opinions in Historical Perspective", 87 Geo. L.J. 473 (1998).

[7] 2 Dall. 409 (1792).

[8] NOWAK, John E. - ROTUNDA, Ronald D., Constitutional Law, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 2004, Seventh Edition, p. 65. En la carta remitida el 18 abril de 1972 por la Corte de Distrito de Pensilvania, al Presidente de la Nación, los jueces efectúan un gran resumen de su posición, tanto en lo que hace a la naturaleza de la función judicial, como en lo que respecta a la posibilidad de controlar la constitucionalidad de una ley. "To you it officially belongs to 'take care that the laws' of the United States 'to faithfully executed.' Before you, therefore, we think it our duty to lay the sentiments which, on a late painful occasion, governed us with regard to an act passed by the legislature of the union. The people of the United States have vested in Congress all legislative powers 'granted in the Constitution.' They have vested in one Supreme Court and in such inferior courts as the Congress shall establish 'the judicial power of the United States.' It is worthy of remark that in Congress the whole legislative power of the United States is not vested. An important part of that power was exercised by the people themselves when they 'ordained and established the

Constitution.' This Constitution is 'the Supreme Law of the Land.' This supreme law 'all judicial officers of the United States are bound, by oath or affirmation, to support.' It is a principle important to freedom that in government, the judicial should be distinct from and independent of the legislative department. To this important principle the people of the United States, in forming their Constitution, have manifested the highest regard. They have placed their judicial power not in Congress, but in 'courts.' They have ordained that the 'judges of those courts shall hold their offices during good behavior,' and that 'during their continuance in office, their salaries shall not be diminished.' Congress has lately passed an act to regulate, among other things, 'the claims to invalid pensions.' Upon due consideration, we have been unanimously of opinion that under this act, the circuit court held for the Pennsylvania District could not proceed. 1st. Because the business directed by this act is not of a judicial nature. It forms no part of the power vested by the Constitution in the courts of the United States; the circuit court must consequently have proceeded without constitutional authority. 2d. Because if, upon that business, the court had proceeded, its judgments (for its opinions are its judgments) might, under the same act, have been revised and controlled by the legislature, and by an officer in the executive department. Such revision and control we deemed radically inconsistent with the independence of that judicial power which is vested in the courts, and consequently with that important principle which is so strictly observed by the Constitution of the United States. These, Sir, are the reasons of our conduct. Be assured that though it became necessary, it was far from being pleasant. To be obliged to act contrary either to the obvious directions of Congress or to a constitutional principle, in our judgment equally obvious, excited feelings in us which we hope never to experience again".

[9] Las discusiones políticas a las que dio lugar la neutralidad proclamada por Washington han sido recordadas por Bianchi, quien ilustra sobre la disputa entre Jefferson (en contra de la neutralidad) y Hamilton (Secretario del Tesoro y defensor de la neutralidad), recuerda en tal sentido un artículo publicado por el segundo en el cual, afirmando las facultades presidenciales para proclamar la neutralidad de los Estados Unidos, señala aspectos que a los pocos días serían tomados por la Corte para responder a las consultas de Jefferson. Allí Hamilton, luego de rechazar que correspondiere al Congreso decidir sobre la neutralidad del país, afirmó: "It is equally obvious, that the act in question is foreign to the judiciary department. The

province of that department is to decide litigations in particular cases. It is indeed charged with the interpretation of treaties, but it exercises this function only where contending parties bring it a specific controversy.” (BIANCHI, Alberto B., “Fragmentos poco conocidos de la formación constitucional de los Estados Unidos”, en Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, p. 71, 27 de agosto de 2007). De ese modo, Hamilton explicita claramente lo que ya diera a entender en El Federalista.

[10] Harvard Law Review Association, “Advisory Opinions and the Influence of the Supreme Court Over American Policymaking”, 124 Harv. L. Rev. 2064 (2001).

[11] TRIBE, Lawrence, American Constitutional Law, N. Y., Foundation Press, 1988, 2da. ed., p. 74, nota 4.

[12] Fallos 1:28.

[13] PÉREZ, Felipe, Tratado sobre la Jurisprudencia de la Corte Suprema, Editorial Ideas, Bs. As., 1941, t. 1, p. 75.

[14] ZAVALÍA, Clodomiro, Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina. En relación con su modelo americano, Jacobo Peuser, Bs. As., 1920, 81 y sgtes.

[15] Fallos 1:27.

[16] Fallos 1:455. En ese caso, el Dr. Augusto Manuel Montes de Oca se resistía al pago de un impuesto directo sobre una finca de su propiedad. El juez de Capital condenó a efectuar el pago de impuesto, y rechazó su recurso por tratarse de una cuestión de menor cuantía. Ante ello se presentó ante la Corte Suprema para que se pronuncie sobre la cuestión general de si la contribución directa correspondiente al Municipio de Buenos Aires debía o no pagarse al Gobierno Nacional. El Tribunal rechazó la petición, para lo cual sostuvo lo siguiente: No pudiendo los Tribunales de la Nación resolver cuestiones en abstracto, sino casos judiciales aplicando a ellos las disposiciones de las leyes; y confesando el apoderado del Doctor Montes de Oca que la forma en que ha presentado la cuestión sobre el cobro que se hacía a su representado de la contribución directa, fue adoptado para huir del artículo sesenta de la ley de procedimientos, que no permite a la Suprema Corte conocer de causa de menor cuantía; de donde resultó que la apelación que interpuso ante el Juzgado Seccional ha sido bien denegada...”.

[17] Es de interés señalar que en este caso el Procurador analiza también la cuestión como si se hubiere tratado de una demanda contra el Senado y considera que se trata

de una cuestión ajena a la competencia de la Corte Suprema: “En el presente caso el hecho es la desaprobación de la elección del Senador por Mendoza, y el contradictor es el Senado Nacional.- Por consiguiente, la consulta del Gobierno de Mendoza importa apelar ante la Corte Suprema de la resolución del 9 de Marzo último; -pero por el artículo 56 de la Constitución, cada Cámara del Congreso Nacional es el único juez de las elecciones derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez, y la Corte Suprema no tiene competencia para intervenir en este asunto, que la Constitución atribuye exclusivamente al Senado”.

[18] Fallos 256:114.

[19] Fallos 292:294. La causa llegó a la Corte por una apelación del fiscal contra la decisión de la Cámara Nacional Electoral, la cual había considerado que el partido peticionante debía cumplir, para su reconocimiento, con lo establecido en el decreto-ley 19.102, y no con lo establecido en la ley 16.652, ya que el decreto que dejó sin efecto la primera norma y reestableció la vigencia de la segunda, había sido dictado luego de sobrevenida la constitucionalidad del país, por lo que la derogación de una norma de carácter legal solo podía haber sido dispuesta por un acto parlamentario.

[20] Fallos 311:2580.

[21] Fallos 319:1363.

[22] Fallos 319:1654.

[23] Este artículo disponía que “los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras”, el mismo había sido aprobado por la Convención Constituyente, pero luego, al aprobar y jurar el texto definitivo de la Constitución no fue incluido, lo cual le valió el mote de “eslabón perdido”, por parte de Badeni (Tratado de Derecho Constitucional, 3ra. ed., Tomo 3, p. 551).

[24] Fallos 2:253.

[25] En esta ocasión también se citaron los precedentes de Fallos: 28:404; 34:62; 52:432; 277:363; 307:2384; 308:1489, así como los antecedentes norteamericanos *Muskrat vs. United Status y AetnaLifeInsurance Co. v. Haworth*. El voto de la mayoría estuvo integrado por los jueces Nazareno, MolinéO’Connor, López y Bossert. El resto de los magistrados afirmó que el caso no era competencia del Poder Judicial.

[26] Fallos 329:1675.

[27] Fallos 329:3184.

- [28] CSJN, Consejo Profesional de Agrimensores, 11.12.2014.
- [29] 333 U.S. 103 (1948).
- [30] Nowak - Rotunda, p. 71.
- [31] REDLICH, Norman - SCHWARTZ, Bernard - ATTANASIO, John, Understanding Constitutional Law, Matthew Bender/Irwin, EEUU 1995, p. 20.
- [32] WASBY, Stephen L. La Suprema Corte en el sistema judicial federal, cit., p. 288/289.
- [33] ESPIL, Felipe A., El Recurso Extraordinario, Imprenta Coni Hnos., Bs. As., 1915, p. 33.
- [34] Fallos 312:1513.
- [35] Integrada por los jueces Belluscio, Fayt, Petracchi y Bacqué, con la disidencia de su presidente, Severo Caballero.
- [36] En la Acordada 44/1989, Severo Caballero sostuvo, en contra de la posibilidad de emitir esa declaración, que no había existido ningún tipo de pedido, como sí ocurrió en 1958 y en 1964. “Por ello, una resolución de la Corte Suprema dictada por medio de Acordada aparecería alterando la conducta y la jurisprudencia tradicional del Cuerpo de no expedirse en abstracto, ni aún ante consultas (Fallos: 2:254; 34:62; 73:122, y muchas otras).- Asimismo, ni la Constitución Nacional ni la Ley de Organización de la Justicia Nacional, ni los reglamentos dictados en su consecuencia autorizan pronunciamientos genéricos sobre la oportunidad y conveniencia de pretendidas reformas a las leyes que regulan la composición de la Corte Suprema y aspectos de su competencia, como es el caso. Al ser ello así, cualquier decisión abstracta puede comprometer el deber y derecho de la Corte Suprema de expedirse en los casos concretos que le sean sometidos sobre la legitimidad constitucional de las leyes que se dictaren por el Congreso de la Nación. En consecuencia, entiendo que no debe producirse el pronunciamiento que pretende la mayoría.”
- [37] 219 U.S. 346 (1911).
- [38] En forma categórica se afirmó que “esta Corte no tiene poder de veto sobre la legislación promulgada por el Congreso, y su derecho a declarar inconstitucional un acto del Congreso solo puede ser ejercida cuando una causa propiamente dicha, entre partes contrarias, se presenta para su determinación”.
- [39] 273 U.S. 70 (1927).
- [40] Ver en argentina, los casos registrados en Fallos 328:1701, 329:1554, entre

muchos

otros.

[41] Analicé este aspecto en: LAPLACETTE, Carlos José, “Exigencias temporales del caso judicial”, L.L. 2015-A, 991.

[42] Se trata de los fallos Nashville y Aetna del año 1933, ampliamente citados al analizar los orígenes de los juicios declarativos de inconstitucionalidad en los Estados Unidos.

[43] LEE, Evan Tsee, “Deconstitutionalizing Justiciability: The Example of Mootness”, 105 Harv.L.Rev. 603, 643 (1992). El autor llega a afirmar que quizás ningún otro término haya adquirido tantos significados diferentes.

[44] EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, “El rol institucional del Poder Judicial de la Nación, en una reciente acordada de la Corte Suprema de Justicia”, L.L. 1990-A, 1089.

[45] De hecho, como ya hemos mencionado, en la Convención de Filadelfia se rechazó la propuesta de que las cámaras del Congreso y el Presidente pudieran requerir este tipo de opiniones. En nuestro país, este tipo de competencias no fueron consideradas en al estructurar constitucionalmente el Poder Judicial. En el proyecto de Constitución de Pedro de Angelis, por ejemplo, se preveía que “los miembros de esta Tribunal Supremo [la Corte Suprema] se ocuparán con preferencia de la formación de los códigos que deben regir a la República, y que someterán después a la aprobación del Congreso” (art. 104), aunque ese mismo proyecto de Constitución disponía que, en materia de interpretación constitucional, “Solo al Congreso compete resolver las dudas que se eleven sobre la inteligencia de alguno de sus artículos” (SAN MARTINO de DROMI, María Laura, Documentos Constitucionales Argentinos, Ed. Ciudad Argentina, p 2478).

[46] “A perceptive Frenchman”, según lo calificó Scalia en su voto concurrente en Hein vs. FreedomFromReligionFoundation 551 U. S. 587 (2007).

[47] TOQUEVILLE, Alexis de, La Democracia en América, Primera Parte, Capítulo VI, Fondo de Cultura Económica, 13ra. ed., México, 2005, p. 109/110.

[48] Nowak - Rotunda, cit. p. 56.

[49] REDLICH, Norman - SCHWARTZ, Bernard - ATTANASIO, John, Understanding Constitutional Law, Matthew Bender/Irwin, EEUU 1995, p. 20, citando a Frankfurter, A Note on Advisory Opinions, 37 Harv. L. Rev. 1002, 1006 (1924), y Cardoso, en Matter of State Industrial Commision, 224 NY 13, 18 (1918)

[50] Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and

State, Inc., 454 U.S. 464, 472 (1982). Muchos años antes, Frankfurter advertía que “desde los días de la reconstrucción, las controversias más agudas que llegan a nuestra Suprema Corte, y que vendrán cada vez más, se agrupan alrededor de la Cláusula del Comercio y del Debido Proceso. Esas cuestiones se refieren a la delimitación de poderes entre la Nación y los Estados y al eterno conflicto entre la libertad de los individuos y su control por la sociedad. El material de esos conflictos son hechos, y el juicio que se hace sobre esos hechos. Cada intento de tratar con ellos de modo abstracto, conducirá obligatoriamente en conclusiones estériles, sin relación alguna con la realidad” (FRANKFURTER, Felix, “A Note on Advisory Opinions”, 37 Harv. L. Rev. 1002 -1924-).

[51] FRANKFURTER, Felix, “A Note on Advisory Opinions”, cit. Surechazo a la emisión de opiniones consultivas expuesto con claridad: It must be remembered that advisory opinions are not merely advisory opinions. They are ghosts that slay.

[52] CALIDONIO SCHMID, Julie, “Advisory Opinions on Human Rights: Moving Beyond a Pyrrhic Victory”, 16 Duke J. Comp. & Int'l L. 415 (2006).

[53] “De este modo, una doctrina adoptada en nombre de la restricción judicial, inclina el equilibrio de poder entre la Corte Suprema y los poderes electos en favor de una mayor influencia de aquélla” (“Advisory Opinions and the Influence of the Supreme Court Over American Policymaking”, 124 Harv. L. Rev. 2064 -2001-). De modo similar, Richard Posner afirmó que “los tribunales suelen hacer acrobacias interpretativas para no tener que decidir una cuestión constitucional... Al hacerlo expanden, en mi opinión de modo muy cuestionable, el alcance efectivo de la Constitución, creando una penumbra constitucional en el que las leyes se marchitan, se encogen y se deforman” (su disidencia en U.S. v. Marshall 908 F.2d 1312 C.A.7 (Ill.), 1990). En sentido similar, Schauer, Frederick, “Ashwander Revisited”, 1995 Sup. Ct. Rev. 71.