

LA NECESARIA REFORMULACION DEL “CASO CONSTITUCIONAL” PARA LOGRAR UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE “INCIDENCIA COLECTIVA”

Por Dante D. **Rusconi**¹³

Resumen: el ingreso de los tratados internacionales de derechos humanos al bloque de legalidad constitucional, sin dudas significó un hito trascendental para el ordenamiento jurídico nacional, que se vio sustancialmente robustecido y jerarquizado. Pero tal incorporación, extendió las fronteras del denominado test de constitucionalidad, convirtiéndolo en un control mucho más amplio y profundo en su sustancia; de este modo, el control de constitucionalidad se repotenció y se convirtió en “control de convencionalidad”.

Este trabajo, pretende reflexionar acerca de la potencialidad del control de constitucionalidad, como una herramienta procesal apropiada para llevar a cabo la adaptación convencional del derecho interno. Ello supone repensar la doctrina judicial actualmente imperante en torno a los recaudos para su procedencia y los alcances de sus efectos.

Palabras clave: Derecho Constitucional - Derechos Humanos – Control de convencionalidad – Acciones colectivas

Abstract: the inclusion of international human rights treaties into the constitutional body strengthened and hierarchized the national legal system. Such incorporation deepened and extended the boundaries of the so-called “test of constitutionality”,

¹³Abogado UNLP, La Plata, Argentina. Especialista en Derecho del Consumidor. Juez de Faltas de la Municipalidad de La Plata. Correo: danterusconi@gmail.com.

which evolved towards the "*control of conventionality*". This work intends to analyze the potential of control of constitutionality as an appropriate tool to incorporate the international law into the domestic law, which in turn demands to rethink about the control of constitutionality's requirements to proceed and the scope of its effects.

Keywords: Constitutional law – Human rights – Test of conventionality – Class actions

I. Introducción

El ingreso de los tratados internacionales de derechos humanos al bloque de legalidad constitucional, luego de la reforma constitucional del año 1994, sin dudas significó un hito trascendental para el ordenamiento jurídico nacional, que se vio sustancialmente robustecido y jerarquizado. Los derechos y garantías que ya se encontraban reconocidos en la Carta Magna, y los "nuevos derechos y garantías" incorporados en el Capítulo Segundo (arts. 36 a 43), se vieron potenciados con la entronización constitucional de los instrumentos internacionales enumerados en el inciso 22 del artículo 75. Y este fenómeno, a mi juicio, aún no es posible de ser apreciado en su verdadera dimensión puesto que el acervo jurisprudencial que viene generándose desde entonces a nivel interno está en pleno desarrollo, e incluso con algunas serias regresiones, mientras que, en simultáneo, los tribunales y órganos de tratados del Sistema Interamericano y de Naciones Unidas continúan interpretando expansivamente los contenidos y alcances de aquellos instrumentos.

Una de las vías mediante la cual aquél conglomerado de normas enriquece nuestro derecho interno, es el denominado control de constitucionalidad que desarrolla el Poder Judicial a través de todos los tribunales que lo componen en todas sus instancias. Originariamente este control se efectuaba mediante el cotejo de la norma en cuestión únicamente con el articulado de la Constitución Nacional, pero la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Carta Magna extendió las fronteras del denominado "test de constitucionalidad", convirtiéndolo en un control mucho más amplio y profundo en su sustancia; de este modo, el control de constitucionalidad se repotenció y se convirtió en "*control de convencionalidad*". A la vez, dicho control, otrora realizado exclusivamente por los jueces del Poder Judicial, merece ser revisado a la luz de los lineamientos derivados de la doctrina de la Corte IDH que aconseja que esta tarea también debe llevarse a cabo en todos los estamentos del Estado. (Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, 2011).

Sabido es que en Argentina el modelo de control de constitucionalidad establecido por nuestra Constitución Nacional es el denominado "difuso", que

posibilita que todos los jueces del Poder Judicial, y de todas las instancias, puedan (deban) expedirse sobre la constitucionalidad de las normas sometidas a su conocimiento, aún de manera oficiosa¹⁴. Y ese conocimiento, según inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación elaborada en torno al artículo 116 de la Constitución Nacional (ex art. 100), debe versar sobre un “caso” o “causa” concreta. Esta limitación implica que los jueces no pueden expedirse sobre hipotéticos conflictos o emitiendo opiniones generales o meramente consultivas, sino que, contrariamente, la jurisdicción debe recaer sobre concretas situaciones litigiosas. Esta interpretación tiene origen en el artículo 2 de la Ley 27 de Organización de la Justicia Nacional (sancionada el 13 de octubre de 1862) que establece que “nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”.

Me interesa reflexionar en este trabajo acerca de la potencialidad del control de constitucionalidad -ya sea que el mismo se canalice mediante la denominada “acción meramente declarativa” contemplada en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; a través de las garantías adjetivas contempladas en el artículo 43 de la Constitución Nacional, particularmente la acción de amparo; e incluso a través de otras vías inespecíficas-, como una herramienta procesal apropiada para llevar a cabo la adaptación convencional del derecho interno. Ello supone repensar la doctrina judicial actualmente imperante en torno a los recaudos para su procedencia y los alcances de sus efectos.

II. Antecedentes de la acción de inconstitucionalidad

La declaración de inconstitucionalidad a través del art. 322 del CPCCN tiene como primer reconocimiento jurisprudencial el pronunciamiento de la Corte Suprema Nacional en el caso “Santiago del Estero c/Nación Argentina”. En este caso la demanda fue promovida como una acción de amparo, vía que el tribunal consideró inapropiada por no ajustarse las circunstancias del caso a los recaudos establecidos en la Ley 16.986. Ante ello se tuvo en cuenta que “...la acción declarativa, como el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos, es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora que, en las actuales circunstancias, se agota en una mera declaración de certeza.” (CSJN;

¹⁴ Se trata del ejercicio de un poder constituyente material que le permite a la Corte Suprema de la Nación, como intérprete final de la Constitución, fijar el sentido y los ámbitos de actuación de las normas supremas (ver HARO, Ricardo, “Acción declarativa de inconstitucionalidad, sus vicisitudes y progresiva consolidación”, publicado por la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales de Córdoba en www.acaderc.org.ar).

Fallos 307:1379, 1985, con cita del fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica en el caso *"Aetna Life Insurance Co. c/ Havorth, 300 U.S.227"*). Se encuadró la pretensión bajo el carril del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial y se le dio a la actora un plazo de diez días para adecuar su demanda al proceso sumario. De esta forma, la Corte abandonó su anterior doctrina según la cual sólo consideraba configurado un "caso" a los fines de ejercer el control constitucional, cuando fuera necesaria la reparación de un daño y el proceso culminara con una sentencia de condena o absolución¹⁵. (Rosales Cuello, 2000)

La doctrina destaca que la acción meramente declarativa del art. 322 del CPCCN no es la única vía apta para canalizar este tipo de pretensiones, pudiéndose lograr el mismo resultado mediante otros procesos -v. gr. la acción directa de inconstitucionalidad o el amparo del art. 43 CN- o a través de su acumulación con otras pretensiones (según los distintos casos en que ello proceda), y también con el proceso de impugnación de reglamentos y actos administrativos que prescriben los arts. 23 y 24 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, o vías similares en el orden local. (Cassagne, 2015)

Apunta el autor que, a partir de la década de 1980, la Corte Suprema comenzó a reconocer la procedencia de acciones declarativas de inconstitucionalidad siguiendo, en parte, los criterios expuestos por el ex Procurador General de la Nación, Dr. Eduardo H. Marquardt en el dictamen emitido en el caso "Hidronor c/ Provincia de Neuquén", en el año 1971. En el magistral dictamen del Procurador se desarrolla un pormenorizado análisis de la evolución de la jurisprudencia norteamericana en torno al instituto y la función del control de constitucionalidad de los jueces, así como la interpretación del requisito de la existencia de un "caso" para habilitar la jurisdicción, análisis que lo lleva a valorizar la vía del art. 322 del CPCCN para ejercer el control de constitucionalidad (Cassagne, 2015)

Por su lado, la acción directa de inconstitucionalidad tuvo como primer mojón el fallo de la Corte Nacional recaído en el caso "Constantino Lorenzo", donde la pretensión fue rechazada por considerar que no existía un "caso contencioso", requisito imprescindible en la doctrina del Superior Tribunal para que la actuación del Poder Judicial no afecte el principio de división de poderes. No obstante, el tribunal hizo allí una importante observación a tener en cuenta a la hora de delinear "el caso constitucional", señalando como requisito la existencia de un "interés inmediato del particular que efectúa la petición". (CSJN:12/12/1985, Fallos 307:2384, 1985, consid. 4º)

Rosales Cuello rescata las enseñanzas de Chiovenda poniendo énfasis en una idea que resulta central desde el punto de vista del análisis que aquí se pretende

del instituto de la acción declarativa, y ella es su potencialidad preventiva puesto que representa uno de los medios para evitar el acaecimiento de un daño. (Rosales Cuello, 2000) Me permito sumar la postulación de una finalidad superadora de la prevención de daños, cual es, sin desmedro de la anterior, la de evitar de la conculcación de derechos fundamentales de la sociedad independientemente de la existencia de daños concretos.

III. La acción colectiva de inconstitucionalidad: vías y legitimados

Como es sabido, las clásicas categorías de situaciones jurídicas que justificaban las legitimaciones judiciales activas –interés simple, interés legítimo y derechos subjetivos- se han visto desbordadas en una sociedad cada vez más compleja, usualmente denominada como *posmoderna* o “globalizada”, cuyas principales características son la masificación y la diversidad de situaciones jurídicas. (Saux, 1995)

Ahora bien, siendo que los “casos” contenciosos pueden ser de índole individual o “de incidencia colectiva”, y teniendo en cuenta la reciente¹⁶ y fructífera doctrina judicial -en franco proceso de desarrollo- en torno a las acciones colectivas –muy especialmente en materia de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, resulta interesante analizar algunas particularidades de la petición de certeza constitucional cuando es intentada en un proceso de esa naturaleza. (Rusconi, 2011) Interesan igualmente las resonancias preventivas y plurales, de inestimable trascendencia social en muchos casos, que cabe adjudicarle a este tipo de procesos, ello puesto que si bien, como principio, el control de constitucionalidad únicamente posee alcances “inter partes” y en el marco de una causa o controversia determinada¹⁷, dicho alcance claramente es excedido a la luz de la natural resonancia expansiva propia de las acciones de incidencia colectiva¹⁸.

Desde el punto de vista de la legitimación activa, en el conocido caso “Ekmekdjian c. Sofovich”, si bien aclarando que el actor accionaba en virtud de “un derecho subjetivo de carácter especial y reconocimiento excepcional”, la Corte Suprema sostuvo que “(a) diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa

¹⁶ El hito aquí corresponde colocarlo en el año 2009 con el leading case “Halabi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25.873 y dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”; Fallos: 332:111; sent. del 24/02/2009).

¹⁷ Ver dictamen del Procurador Marquardt en el caso “Hidronor S.A. c/ Provincia del Neuquén”; Fallos: 307:1387.

¹⁸ Corresponde aclarar que el efecto “erga omnes” de la cosa juzgada en las acciones colectivas posee diferentes modalidades, cuyo estudio pormenorizado excede el objetivo de este trabajo.

de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal..." (CSJN:70029407,1992, consid. 25°) Se avizora en esa interpretación, aunque de manera tal vez no querida, el reconocimiento de la figura del "exponente de clase" que en el sistema de la Regla 23 del Procedimiento Judicial Civil Federal norteamericano, es el sujeto que primero activa la representación judicial (legitimación) del colectivo (grupo o clase) afectado. (Rusconi, 2011)

La diferencia más sustancial que puede señalarse entre ambos supuestos de legitimación, es que en la doctrina que emana de "Ekmekdjian" la aptitud procesal colectiva fue receptada con carácter excepcional y como derivación del ejercicio de un derecho subjetivo con resonancias múltiples, de goce indivisible, que fue ejercido por quien "llegó antes" que los demás titulares a los estrados judiciales; mientras que en el sistema de la Regla 23 de Estados Unidos de Norteamérica, la legitimación se reconoce sobre la base de la mejor aptitud de quien se postula para litigar el caso en la Justicia, cuya idoneidad es analizada por el juez en un proceso previo de "certificación de la clase".

Si bien la Corte luego se encargó de aclarar que en Argentina no regía un sistema de acciones grupales idéntico al de la Regla 23, ésta fue la base sobre la cual se estructuró la creación pretoriana del proceso colectivo en nuestro país a partir del *leading case* "Halabi" (Fallos: 332:111, 2009, consid.17). Desde entonces, como anticipábamos, la hermenéutica del Superior sobre el punto ha sido progresiva¹⁹.

Las limitaciones que la doctrina judicial había señalado otrora a la representación judicial de intereses que en sentido estricto podrían calificarse como "ajenos", fue definitivamente superada desde el derecho positivo en el año 1994, con la incorporación en el artículo 43 de la Constitución Nacional de los legitimados activos para accionar ante la lesión, restricción o amenaza de derechos de incidencia colectiva en general: el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

El precedente de la Corte Nacional que habilitó la legitimación activa de una entidad que ostentaba el carácter de representante de derechos e intereses distintos a los propios, en relación a una petición colectiva de certeza

¹⁹ Aunque con ciertas modulaciones en torno, fundamentalmente, a los procesos colectivos de consumidores basados en afectaciones de derechos individuales homogéneos de contenido patrimonial. En este sentido, puede verse a modo de ejemplo, CS, 10/02/2015, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cia. Industrial Argentina S.A. y otros", La Ley Online, AR/JUR/133/2015. Para un panorama más general, ver GIANINNI, Leandro, "La necesidad de una reforma integral de la justicia colectiva. Avances y retrocesos en la tutela de derechos de incidencia colectiva de usuarios y consumidores (a seis años del caso "Halabi")", Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, a realizarse en San Salvador de Jujuy del 10 al 12 de septiembre de 2015.

constitucional, fue el fallo dictado en la causa "AGUEERA"²⁰ (CSJN: 320:690, 1997). Aquí la legitimación activa la ejerció la asociación actora en representación de los intereses de sus asociados, apoyándose en los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional que reconocen el derecho de los consumidores a asociarse, a participar mediante asociaciones que los nucleen en los marcos regulatorios de los servicios públicos y sus organismos de control, quedando legitimadas esas entidades para iniciar la acción de amparo colectivo.

Lo anecdótico del caso "AGUEERA" fue que, paradójicamente, se reconoció legitimación colectiva sobre la base de las normas constitucionales destinadas a proteger a los consumidores y usuarios a una asociación que nucleaba a "grandes usuarios" del servicio de energía eléctrica quienes era usuarios industriales (empresas) del servicio en cuestión, razón por la cual, en sentido estricto, no encajarían dentro del concepto de "consumidor" delineado por los artículos 1 y 2 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y la doctrina judicial y autoral al respecto. (Rusconi, 2014)

En el dictamen del Procurador al que en parte remitió el voto unánime de los miembros del tribunal, se destaca que "la Constitución Nacional, en virtud de la reforma introducida en 1994, contempla nuevos mecanismos tendientes a proteger a usuarios y consumidores y, para ello, amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitó a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual..."²¹. Al mismo tiempo, y haciéndose cargo de aquellas opiniones que entendían restringida la ampliación de la legitimación únicamente a la acción de amparo, el Procurador sostuvo que "(s)i bien la previsión del art. 43 de la Constitución Nacional parece limitar la ampliación de la legitimación para la defensa judicial de los usuarios de la acción de amparo y en el sub lite no se trata estrictamente de ese remedio, no por ello puede quedar fuera de análisis que la acción contemplada en el art. 322 del Cód. Procesal Civil y Comercial guarda cierta analogía con aquélla en cuanto está destinada a hacer cesar un estado de incertidumbre sobre una falta de certeza que 'pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente'. Vale decir, que se trata, en ambos casos, de acciones de procedimiento abreviado tendientes a evitar que se consuma la violación de derechos y garantías constitucionales. En tales condiciones, no encuentro impedimento para admitir que tengan legitimación activa para promover la acción aquí deducida, quienes están constitucionalmente habilitadas para promover la vía excepcional del amparo." (punto V del dictamen).

²⁰ En su oportunidad lo destacué como uno de los pronunciamientos precursores de la Corte Nacional –el otro fue "Consumidores Libres" (Fallos: 321:1352) – en materia de reconocimientos de legitimación activa a asociaciones de consumidores. Ver en RUSCONI, 2004, p. 31.

²¹ El entonces Procurador ante la Corte Suprema era el Dr. Ángel Agüero Iturbe.

El parecer del Procurador en el caso "AGUEERA" sirve para desvirtuar algunas opiniones doctrinarias restrictivas, que sostienen que la Constitución Nacional no ha reconocido legitimación procesal para la protección de intereses difusos en forma genérica, sino que lo ha hecho únicamente en el marco de una acción particular como es la acción de amparo. (Toricelli, 2001)

En lo referente al trámite apto para encausar la pretensión de inconstitucionalidad, incluso desde antes de "AGUEERA", la Corte propició una cierta flexibilidad a la hora de admitir carriles procesales que, si bien diferentes en cuanto a sus particularidades, resultaban idóneos para obtener la tacha de inconstitucionalidad perseguida. En efecto, en "AGUEERA" el Tribunal remite a lo dicho en la causa "Ravaglia" para sostener la analogía entre la acción meramente declarativa del art. 322 CPCCN y la acción de amparo, puesto que "el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente ha admitido como medio idóneo - ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional - para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional". (CSJN: 310:2342, 1994)

Merece destaque el desapego al rigor formal que se colige de lo allí resuelto por la Corte, puesto que ello permite indagar la existencia de otras vías, distintas del amparo o la acción meramente declarativa, que pueden resultar igualmente aptas para demandar la inconstitucionalidad ante los tribunales. Cabe reafirmar tal entendimiento postulando que cuando se trata de peticiones que tienen que ver con el resguardo de la supremacía del orden constitucional, serían ciertamente muy criticables aquellas posturas que se resistan a indagar en el fondo de la cuestión escudándose en argumentaciones de índole meramente formal.

Y desde esa óptica, un carril adjetivo que se suma a los anteriores es, v. gr., el propio de las acciones de tutela de consumidores y usuarios que surge de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC). Esta norma establece en su artículo 53, primer párrafo, que "en las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente (...)". Por lo general este proceso será el "sumarísimo" reglado en la mayoría de los ordenamientos adjetivos locales.

Los sujetos habilitados para iniciar causas judiciales en el marco de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor están indicados en el 52, precepto que establece que cuando los intereses de consumidores o usuarios se encuentren afectados o amenazados, podrán accionar el consumidor o usuario por su propio derecho, las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de la ley, la autoridad de aplicación nacional o local, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal. Con ello, el elenco de legitimados, en materia específica

de protección de consumidores y usuarios se amplía - además de los sujetos indicados en el art. 43 CN y los legitimados constitucionales para la defensa de los intereses generales de la población (Defensor del Pueblo²²: art. 86 CN; Ministerio Público: art. 120 CN)- con la venia procesal conferida por el legislador a la autoridad de aplicación (nacional, provincial o municipal) de las normas de defensa del consumidor.

Debe apuntarse que, encontrándose los derechos de consumidores y usuarios receptados en la Constitución Nacional, no sólo podrán demandar los sujetos legitimados en el artículo 52 de la Ley 24.240 por afectaciones a los derechos establecidos en esa norma, sino que también podrán hacerlo por inconstitucionalidad ante la afectación de los derechos y garantías contempladas en el artículo 42 de la Carta Magna. Sería absurdo pensar en un sistema estatutario y tutelar como el generado a partir del artículo 3 de la Ley 24.240 que la integra “con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo”, y restringir la legitimación allí conferida únicamente al ámbito de la Ley 24.240.

De modo que, como una conclusión parcial, es posible sostener que la pretensión colectiva de inconstitucionalidad puede articularse válidamente por diferentes caminos procesales, tales como la acción de mera certeza (art. 322 CPCCN), la acción colectiva de amparo (art. 43 CN) y el juicio sumario en materia constitucional (art. 321 inc. 2° CPCCN), vías a las que corresponde sumar la regla general del “proceso de conocimiento más abreviado que rija(n) en la jurisdicción del tribunal ordinario competente” previsto en la Ley 24.240 (art. 53, 1er párr.), en los casos que, lógicamente, tengan encuadre en este estatuto.

Y en lo referente a los legitimados activos para postular la aludida pretensión, existen los “legitimados constitucionales” enunciados en el artículo 43 que son el afectado, el defensor del pueblo, las asociaciones, y el Ministerio Público (cuya legitimación se desprende del art. 120 CN); a los que la ley de defensa del consumidor añade los consumidores y usuarios –que podrían equipararse a la figura del “afectado”– y la autoridad de aplicación.

²² La Corte Suprema ha señalado en relación a la legitimación activa del Defensor del Pueblo que si bien el art. 86 de la Constitución Nacional establece que “tiene legitimación procesal”, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignarle el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en la que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial (cfr. doctrina de Fallos: 310:2943; 311:2725; 318:1313, entre muchos).

IV. El “*caso constitucional colectivo*” y el control de convencionalidad

El requisito de la existencia del “caso”, “causa” o “controversia” en materia de peticiones de inconstitucionalidad es, sin dudas, uno de los más debatidos y controversiales a la luz de los vaivenes de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha establecido como regla pretoriana desde antiguo que “...la decisión de cuestiones constitucionales, por parte de los tribunales de la Nación, debe ocurrir sólo en el curso de procedimientos litigiosos, es decir, en controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios para la dilucidación jurisdiccional...”. (CSJN 310:2342, 1994)

Esta cuestión fue reeditada en el dictamen fiscal en el referido precedente “AGUEERA” donde el Procurador sostuvo que “el hecho de no ser la actora quien deba soportar el pago del tributo que reputa inconstitucional, es insuficiente para descartar la existencia en su contra de un ‘perjuicio o lesión actual’ en los términos del art. 322 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación”; y tuvo en consideración el dictamen, además, que la asociación actuaba en cumplimiento de sus fines estatutarios y legales, que eran los de defender los intereses de sus asociados (grandes usuarios del servicio de energía eléctrica) y que la petición no era meramente consultiva (consid. VI). La sentencia, si bien no hizo entera remisión a los argumentos de Procurador, considera suficiente a los efectos de la legitimación, que la asociación se encuentre entre los sujetos enumerados en el artículo 43 de la Carta Magna y el objeto de su creación haya sido el de defender los intereses de sus asociados (considerandos 3 y 4).

Es interesante la idea de Gil Domínguez en el sentido de postular como un derecho de incidencia colectiva el de la “legalidad constitucional” y por ende, cuando ella se ve conculcada, tener por afectado con legitimación procesal para promover acción de inconstitucionalidad a todo habitante de la Nación. (Gil Domínguez, 1999). Si bien esta afirmación puede parecer excesivamente amplia, creo que es posible encontrar un punto de equilibrio entre el supuesto peligro que supondría el “gobierno de los jueces” ante un control de constitucionalidad abstracto y difuso, y la doctrina que limita ese test únicamente al impulso del interesado directo y en el marco de un “caso”.

Supuestos de legitimación amplia y genérica en cabeza de toda la ciudadanía ya han sido reconocidos por reciente doctrina de la Corte Nacional en casos de acceso a la información pública. Así en el caso “Oehler”, con remisión a la causa “Asociación Derechos Civiles c. EN -PAMI- (dto. 1172/2003) s/ amparo ley 16.986” (CSJN: 335:2393, 2014), el Tribunal Superior dijo que “(l)a sentencia de la Corte Interamericana [en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”] fortalece como estándar internacional la idea de que este derecho corresponde a toda persona; es

decir que la legitimación activa es amplia y se la otorga a la persona como titular del derecho, salvo los casos de restricción. El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan (conf. Fallos: 335:2393, considerando 10, y en sentido concorde al pronunciamiento del Tribunal del 26 de marzo de 2014 en la causa C.830. XLVI. "CIPPEC c. EN - M° de Desarrollo Social - dto. 1172/2003 s/ amparo ley 16.986")

Sin embargo, en el caso de una acción de amparo intentada por un abogado tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 26.080 que modificaba la composición y el funcionamiento del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación establecido por la ley 24.937 (T.O. Decreto 816/99), la CSJN sostuvo por mayoría que su legitimación activa no puede fundarse en el interés general de un abogado en que se cumplan la Constitución y las leyes, pues no hay lugar en el orden federal para acciones populares que únicamente promuevan declaraciones abstractas y generales de inconstitucionalidad conforme el art. 116 de la Constitución Nacional y el art. 2 de la Ley 27 (CSJN: "M. S., R. c. EN - Secretaría General Presidencia y otros s/ amparo ley 16.986", 2014) Con lo cual puede afirmarse que la existencia del "caso", y la interpretación restrictiva en cuanto a sus contornos, sigue siendo un obstáculo difícil de salvar por quien pretenda activar la jurisdicción a los efectos de lograr un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de una norma²³.

No obstante, es tiempo de propiciar una flexibilización de la regla del "caso" puesto que la realidad social y el sistema de fuentes de nuestro derecho ha cambiado sustancialmente desde el célebre dictamen del Procurador ante la Corte Suprema Eduardo H. Marquandt fechado el 17 de diciembre de 1971, hasta nuestros días.

Nuevas situaciones jurídicas han obtenido carta de ciudadanía. Por lo tanto, es esperable un *aggiornamento* de la doctrina del control de constitucionalidad y sus limitantes, que debe provenir de la correcta valoración de dos órdenes de factores. En primer lugar, como señalé antes, a partir del año 1994 ha ingresado a nuestro ordenamiento jurídico, y particularmente al bloque de legalidad constitucional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (art. 75 inc. 22, Const. Nac.); esta nueva corriente de fuentes, conjuntamente con la recepción constitucional de los denominados "nuevos derechos y garantías" del Capítulo Segundo de la Constitución Nacional, reclama herramientas adjetivas capaces de canalizar las pretensiones encaballadas en esos reconocimientos. En segundo lugar y vinculado a lo anterior, el ingreso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al

²³ En el mismo caso, se reconoció legitimación activa a un abogado apoderado de una de las listas que postulaba representantes para el Consejo de la Magistratura: CS, 18/06/2013, "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar s/ acción de amparo", considerando 4º del voto de la mayoría; LA LEY 26/06/2013, 6; LA LEY 2013-D, 30; cita online: AR/JUR/22508/2013.

derecho interno, también hace exigible internamente la doctrina que proviene de los órganos de tratados y muy especialmente los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los casos “Simón” y “Bulacio” de la Corte Nacional pusieron en primer plano la vigencia interna de la doctrina emanada de los organismos del Sistema Interamericanos de Derechos Humanos, de modo que los derechos contemplados en los instrumentos que los contemplan y rigen en el país, ya no sólo son una pauta orientativa de la labor que desarrollan nuestros jueces, sino que se constituyen en cuerpos normativos que complementan e incluso, en ciertos supuestos, desplazan al derecho nacional. (Hitters, 2008)

Lamentablemente y de manera sorpresiva, la Corte Nacional volvió sobre su propia doctrina, y más grave aún, puso en dudas los compromisos asumidos por el Estado Argentino en el orden internacional, especialmente al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos, al resolver el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores” (conocido como “Fontevicchia”) (CSJN: 368/1998, 2017) Este pronunciamiento causó verdadero estupor y recibió reprobaciones de absolutamente todos los ámbitos académicos e institucionales, así como de la propia Corte Interamericana en la sentencia de supervisión de cumplimiento del “Caso Fontevicchia y D’amico”. Si bien esta doctrina regresiva en lo que tiene que ver con la obligatoriedad de los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano – aunque el caso apuntado sólo se limitó al análisis de la exigibilidad, a su respecto, de los fallos de la CorteIDH –, merecería mayor detenimiento, e incluso revisar las expectativas expansivas respecto de la doctrina del Superior Tribunal Nacional que se propician en este trabajo, creemos que bien merece el esfuerzo avanzar con esta propuesta, asumiendo que “Ministerio de Relaciones Exteriores” será parte de los vaivenes que ha superado el Tribunal a lo largo de su historia y de sus distintas integraciones.

V. A modo de conclusión: hacia la expansión de los efectos del control de constitucionalidad en materia de derechos sociales o hacia un verdadero “control de convencionalidad”

Tal lo anticipado arriba, el reconocimiento constitucional de los “nuevos derechos y garantías”, no puede analizarse descontextualizado de la simultánea recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con jerarquía superior a las leyes nacionales. Pero fundamentalmente, lo que no puede pasar desapercibido es lo

que algunos autores denominan como “derecho vivo”, que es la interpretación dinámica que los órganos de tratados hacen de las normas que componen ese bloque de “supralegalidad”.

Esta interpretación se ve robustecida con la sentencia de la Corte IDH en el caso “Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 20 de Marzo de 2013, en donde señaló que el denominado “control de convencionalidad” ha sido concebido “como una institución que se utiliza para aplicar [al Derecho Interno] el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal” (párr. 65)²⁴. Este control, según el Tribunal Interamericano, posee dos formas de exteriorización: (a) en relación al Estado que ha sido parte en el caso “...todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de(l) Tribunal...en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia” (párr. 68) y; (b) en relación a los Estados que no han sido parte en el caso concreto sobre el que se expide la Corte, “...por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas²⁵, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana” (párr. 69).

Así las cosas, el otrora control de constitucionalidad, salvo casos excepcionales²⁶, hoy deberá efectuarse en clave de Derechos Humanos reeditándose como “control

²⁴ Aquí la Corte cita lo dispuesto por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 (“Execution of judgments of the European Court of Human Rights”), en donde se dijo que “[...] 3. El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte [Europea de Derechos Humanos] forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención erga omnes (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales.”

²⁵ Aquí la Corte, con referencia a la sentencia recaída en el caso “Gelman c. Uruguay” (párr. 239) refiere que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial...”

²⁶ Las cuestiones únicamente reguladas por normas internas y sin ninguna vinculación con los derechos y garantías tuteladas por el DIDH.

de convencionalidad". Esta labor no puede verse recortada por aquellas interpretaciones propias de un Estado superado, circunscripto a sus límites geográficos en el que el ejercicio de las prerrogativas constitucionales contemplaba únicamente la faceta individual.

De todo lo anterior se puede colegir que existen dos elementos que impulsan la expansión de los efectos del control de constitucionalidad, y es apropiado esperar que ellos harán que el Poder Judicial revise la doctrina restrictiva en torno al "caso", que fue alumbrada en otro contexto histórico, social, jurídico y político. Uno de esos elementos es de índole procesal y está representado por el activismo que cabe esperar de los legitimados colectivos previstos en la propia Constitución Nacional (art. 43, 86 y 120), y en algunos microsistemas como el de protección de consumidores y usuarios que permite la actuación judicial de la autoridad de aplicación administrativa (art. 52, Ley 24.240). Estos "actores colectivos" están llamados a ejercer un dinámico y diligente rol en la vigilancia del respeto del bloque de legalidad constitucional, y los pronunciamientos que obtengan en tal tarea, aun cuando se diga que ella se circunscribe a un "caso" y sus efectos son "inter partes", en la práctica, implicarán la expansión de los efectos del test de constitucionalidad hacia vastos sectores de la población y, en algunos casos, con efectos generales.

El otro elemento es de índole sustancial y tiene que ver con la referida incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al ordenamiento nacional. Como señalábamos arriba, un avance muy interesante se ha producido en lo que tiene que ver con el derecho de acceso a la información pública (CSJN: 335:2393, 2014) sin bien la generosidad del reconocimiento de legitimaciones y efectos de la cosa juzgada en este supuesto tiene que ver –al igual que en "Ekmedkjian"– con la naturaleza "difusa" e indivisible que es inherente al ejercicio de los derechos enjuiciados en esos casos.

Pero también existe esa naturaleza indivisible en el ejercicio de derechos enclavados, v. gr., en el artículo 42 de la Constitución Nacional; así los derechos de los consumidores y usuarios pensados en clave colectiva –y amén de las cuestiones de contenido estrictamente patrimonial que pueden englobarse bajo el denominador común de afectaciones a derechos individuales homogéneos– son susceptibles de generar peticiones encaminadas no solamente a obtener el cese de determinada práctica comercial ilícita, sino también a la supresión del ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales por contradecir aquellas normas supraleales.

Ejemplos de estas situaciones serían las normas que limitan derechos contemplados en el corpus normativo de jerarquía superior, tales como el derecho de acceso a la justicia o a contar con mecanismos eficaces para la prevención y solución de conflictos del que gozan los usuarios de servicios públicos, cuyos marcos regulatorios, en muchos casos, imponen plazos de caducidad para efectuar

reclamos ante las autoridades limitando aquellas garantías²⁷; o las normas que restringen el derecho a la salud cuyo ejercicio sufre a veces impedimentos o recaudos reñidos con la Constitución y el DIDH²⁸; o el derecho a la educación en el campo de las relaciones de consumo, que pese a la expresa previsión constitucional y legal (arts. 60 a 62, LDC) continúa sin implementarse en casi todo el país por las leyes que establecen los organigramas educativos; y un largo etcétera.

Frente al estado actual de la doctrina autoral y judicial en torno a la exigibilidad de los derechos de rango superior, más aún luego de su expresa recepción en nuestra Ley Fundamental a partir del año 1994, no debe restringirse la potencialidad de una herramienta adjetiva tan valiosa como es la del control de constitucionalidad/convencionalidad, cualquiera sea la vía que se utilice para ello, echando mano a argumentos propios de otro contexto histórico y jurídico.

Sin dudas “el caso constitucional” ha desbordado el corsé del interés “sustancial, concreto y definido, con arreglo a las pautas ya montadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos, y con efecto limitado a una declaración válida únicamente ‘inter partes’”. (Dictamen del Procurador Marquandt, cons. 5º) Se impone, ahora, una mirada que permita que los trascendentales pasos que ha dado nuestro Constituyente en el campo del reconocimiento de los derechos sociales y políticos, se vea apuntalado con herramientas adjetivas capaces de brindar respuestas acordes a la naturaleza de aquellas prerrogativas y, a la vez, acompañado por un renovado compromiso de los jueces con la función social del Derecho.

²⁷ V. gr. el art. 36 del Reglamento del Servicio Básico Telefónico (Res. Sec. Comunicaciones 10059/99) que establece un plazo de 30 días a partir de la respuesta del prestador del servicio que tiene el usuario para acudir a la autoridad de aplicación.

²⁸ Un ejemplo de ello era el modificado Decreto 2980/2010 de la Provincia de Buenos Aires que reglamentaba la Ley 14.208 de Reproducción Asistida y limitaba el acceso a los tratamientos previsto en la ley a las mujeres que tuviesen entre 30 y 40 años de edad (art. 4).

VI. Bibliografía

CASSAGNE J, "La acción declarativa de inconstitucionalidad", LA LEY 06/07/2015, 06/07/2015.

GIL DOMINGUEZA., "Un fallo del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa que ignora un derecho de incidencia colectiva esencial: la legalidad constitucional", LA LEY1999-E, 601.

HITTERS J., "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad", LA LEY 17/09/2008, 17/09/2008, 1 - LA LEY2008-E, 1169.

ROSALES CUELLO, R., "Acción declarativa y control constitucional. Estado actual de la cuestión en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", JA 2000-IV-1349.

RUSCONI D, "Acciones judiciales de los consumidores", 2004.

RUSCONI D., "Casos de fraudes a grupos de consumidores", LA LEY 06/05/2014, comentario al fallo CS., 2014-03-06, "Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. Ley 24.240 y Otros/ amparo proceso sumarísimo (Art.321 Inc.2 C.P.C.y.C.)".

RUSCONI D., "Concepto de 'consumidor-empresario'", comentario al fallo CNCom, sala A, 2013-10-07, "Altieri, Osvaldo Antonio c. Juntas Ciccarelli Srl s/ ordinario", LA LEY 04/04/2014, 04/04/2014, 5 - LA LEY2014-B, 338, cita online: AR/DOC/838/2014).

SAUX, E., "Reflexiones sobre la condición posmoderna y sus proyecciones jurídicas", JA 1995 II 953.

TORICELLI, M., "Reflexiones en torno a la acción declarativa de inconstitucionalidad. Legitimación y medidas cautelares", JA 2001-III-1294.