UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes

TITULO: ”Control Constitucional”

Alumno: MONTES, Yesica Marisol
BIANCO, Celia Arabella

Asignatura sobre la que se realiza el trabajo: Derecho Constitucional

Encargado de curso Prof.: CAÑON, Jorge

Año que se realiza el trabajo: 2009.

Control

Constitucional

INDICE

Introducción……6

Objetivo……11

Capitulo I

Antecedentes históricos y jurídicos del control de constitucionalidad……12

Concepto……...……21

Naturaleza Jurídica de la Inconstitucionalidad…….……22

Capítulo II

Características generales del Instituto investigado. Modelos de Control de Constitucionalidad. El Fundamento de la Supremacía…….……23

La Gradación Jerárquica del Orden Jurídico……36

La Idea de Control…….…...37

El Modelo Norteamericano…….40

Capitulo III

Control constitucional en la Republica Argentina……...44

Diversos sistemas de control……....47

Caracteres. Requisitos y alcances…….…51

El control constitucional de oficio y el iura novit curia como instrumento de tutela eficaz de la Supremacía Constitucional. Las opiniones doctrinarias relativas al control constitucional de oficio. La existencia de un "CASE" o caso como requisito previo a la declaración de inconstitucionalidad de oficio…….54

Doctrina a favor de la revisión de oficio……..56

Posturas moderadoras y condicionantes acerca del control de Constitucionalidad…….61

Postura contraria al control de constitucionalidad de oficio…….63

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación……...64

Capítulo IV

Conclusión…….73

Bibliografía……74

Apendice……75

Control Constitucional

"Es a menudo tan pernicioso quedarse como excederse, por ello los jueces no deben ser solamente buenos ciudadanos, instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo".

Alexis Tocqueville

Introducción

La presente se trata de una investigación documental jurídica de carácter teórico, y su importancia radica en que pretende profundizar sobre los estudios y opiniones de expertos existentes, concerniente al Control Constitucional en la Republica Argentina, teniendo presente para su desarrollo el proceso histórico y jurisprudencial del mismo.

Conforme a lo expuesto, surge la presente exploración, la cual tiene como designio investigar el Control Constitucional y así mantener el imperio de la Constitución, es decir, su supremacía.

Teniendo en cuenta su desarrollo desde las primeras pronunciaciones y a su vez hacer un análisis exhaustivo del Art. 31 consagrado por nuestra Constitución Nacional, el cual expresa,… “las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones

provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859” .., se consagra el principio de Supremacía de la Constitución y el Principio de la Jerarquía de las Fuentes del Derecho., como así también el Art. 116 “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”

Nuestra idea es exponer como resulta operativo el Control de Constitucionalidad en nuestro sistema ante un acto que vulneren las garantías consagradas por nuestra carta magna.

Como así desde el punto de vista teórico, esta investigación se justifica por tener relevancia en el ámbito jurídico del Derecho Constitucional, y sus resultados van a permitir incrementar los conocimientos que se tienen sobre Control Constitucional en la Republica Argentina. Teniendo presente las

enunciaciones de la Constitución Nacional, ya mencionadas, de las cuales surge como consecuencia dicho Control.

De esta manera, se evidencia la ejecución de la presente tesis, en el sentido de que se pretende sentar las bases necesarias para mejorar el estudio de la Supremacía Constitucional, el Control Constitucional y su aplicación en el ordenamiento jurídico argentino, por lo cual resulta necesario trabajar sobre las distintas obras doctrinarias desarrolladas al respecto.

"Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinada. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos extractos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de la creación –y en consecuencia la validez- de una norma esta determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la Norma Fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto"… Kelsen

A raíz de esto convenimos contemplar que la Constitución se erige como la norma fundamental, es por ello que los derechos conferidos por ella, son considerados como Pilares Fundamentales del Estado de Derecho, pues garantizan a sus destinatarios, la máxima igualdad, tanto entre particulares como en las relaciones que se entablen entre estos y el Estado. Sin embargo, hay que decir, que de nada servirán los derechos fundamentales consagrados en la Constitución si no se estableciera un mecanismo que hiciera posible el real acceso a los mismos, es por ello que se establecen las garantías

constitucionales, las cuales están para salvaguardar el acceso a sus derechos a todos los que gocen de los mismos, según nuestro texto constitucional.

Debemos tener presente la Supremacía constitucional consagrada en el Art. 31 C.N. que establece el "Principio de Supremacía" surgiendo que el orden jurídico federal tiene preeminencia sobre el provincial, que la Constitución junto con el derecho federal prevalecen sobre el derecho provincial y que establece la superioridad jerárquica de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico federal y provincial.

Tal como lo menciona un reconocido constitucionalista Bidart Campos, "…La supremacía de la constitución tiene dos sentidos. En un sentido fáctico propio de la constitución material o derecho constitucional material es el fundamento y la base de todo orden jurídico-político del estado. A su vez el sentido con que el constitucionalismo utiliza la noción de supremacía constitucional es otro: apunta a la noción que la constitución formal, revestida de superlegalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados de adapten a ella. Ello envuelve una formulación de deber-ser; todo orden jurídico-político del estado debe ser congruente o compatible con la constitución formal. La supremacía constitucional supone una gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos distintos. Los mas altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución, cuando esa relación de coherencia se

rompe, hay un vicio o defecto que llamamos inconstitucionalidad o anticonstitucional.

El principio de supremacía se vincula con la teoría del poder constituyente, y con la tipología de la constitución escrita y rígida. La constitución es establecida por un poder constituyente, el poder constituido del estado no pude ni debe sublevarse contra la constitución que da el poder constituyente, formalmente distinto y separado del poder constituido. Si ese poder constituyente ha creado una constitución escrita y rígida, fijando para la reforma de la misma un procedimiento distinto al de las leyes ordinarias, ha sustraído a la constitución de la competencias y formas propias de los órganos del poder constituido, todo acto contrario a la constitución implica, de hecho y por esa sola alteración una reforma a la constitución llevada indebidamente a cabo fuera del mecanismo que ella ha arbitrado para su enmienda. Si tales actos valieran se frustraría el sentido del tipo constitucional escrito y rígido. Por consiguiente para salvar incólume a la constitución rígida, los actos que se oponen deben reputarse privados de validez…" Bidart Campos.

El Objetivo General de la Investigación se fundamenta: En hacer un estudio sobre el Control Constitucional, donde las opiniones de los mas destacados estudiosos al respecto sean expuestas, como así también exhibir el sistema vigente en nuestra constitución, para de esta manera aportar a los interesados una investigación que con su sola lectura logre captar no solo la atención sino también la compresión de quien lo analice.

CAPITULO I

Antecedentes históricos y jurídicos del control de constitucionalidad.

Origen.

Historia.

Aunque Schmit sostuviera, con excesiva determinación, que fueron las experiencias del señorío del Parlamento en la primera Revolución Inglesa, las que condujeron a los intentos teóricos y prácticos de distinguir y separar los diversos campos de la actuación del poder del Estado, lo cierto, es que esos intentos son muy anteriores y se manifiestan por muy complejas vías.

La concepción plural del poder en la forma mixta no significa división de poderes sino participación en el poder de los distintos estamentos y, a la vez, confusión y no separación de competencias: cada órgano realiza funciones y cada función es realizada por varios órganos. En verdad, más que concepción de un poder plural, la que existe es una concepción de un poder plural del ejercicio del poder. Lo importante es que la participación y

confusión generan, irremisiblemente, una serie de controles, de muy variada naturaleza, si, pero de en eludible observancia.

La forma mixta, sin embargo, como institución de raíces medievales, se transformara poco a poco, en el siglo XVIII, con el cambio de la sociedad estamental a la sociedad burguesa, a la nación de ciudadanos, en otro modelo: el de la Constitución bien equilibrada, el del "balance of Powers". Sin embargo, aunque la teorización del nuevo modelo no se producirá hasta el siglo XVIII, ya había sido instituido con anterioridad, como variante o un complemento de la forma mixta, por James Harrington, en su Oceanía (1656) escrita como respuesta al Leviatán de Hobbes, y aunque la paternidad de la formula del equilibrio se atribuya, generalmente, a Bolingbroke, también aparece, al menos tácitamente en Hume. Todo ello sin contar con que la aportación de Locke, aunque estuviese dirigida más a la división que el equilibrio del poder, influirá de todos modos, y muy notablemente, en la construcción teórica y en la práctica política de los "cheks and balances", en cuanto que los principios vertebrales del constitucionalismo de Locke (división de poderes, gobierno de la mayoría y proclamación de unos derechos individuales como limite material a la acción del poder) formarían parte del fondo común del que se nutriría, en el siguiente siglo, el gobierno bien equilibrado. De todos modos, no debe exagerarse, en este punto, el peso de Locke, más preocupado, como en

general todo el iusnaturalismo contractualista, por la legitimación del poder que por la organización equilibrada y controlada de su ejercicio.

La teoría del equilibrio como división interconectada de poderes, que se controlan mutuamente, era moneda corriente en la vida política y jurídica de mediados del siglo XVIII y hay que presumir, fundamente, que Montesquieu la conocía con exactitud. Para los constitucionalistas anglosajones principalmente, la teoría del equilibrio implicaba que la fiscalización y control son parte de la teoría de la división de poderes y no excepción a la misma. El control aparece, pues, como el instrumento indispensable para que el equilibrio (y con él la libertad) pueda ser realidad. Y ese papel capital, desempeñado por el control en la Constitución inglesa, lo había expuesto ya el propio Bolingbroke.

La interpretación que hace Montesquieu de la Constitución Británica, aunque observe la relación entre división de poderes y capacidad de frenar, de impedir, no extrae toda la complejidad de controles y fiscalizaciones que forman el delicado equilibrio de aquella Constitución, quizá, porque Montesquieu (aunque hubiese conocido personalmente la realidad inglesa) tenía una formación doctrinal sobre el constitucionalismo británico más cimentada en la lectura de obras del pasado que en las que eran de circulación actual en la Inglaterra de su tiempo. Es cierto que Montesquieu no predica, en su división de poderes, una radical separación entre ellos que diese lugar a una pluralidad de actividades estatales dislocadas, sin conexión

alguna y sin capacidad de frenarse mutuamente; por el contrario, la conexión es casi imprescindible de su teoría de la división, pues de otra forma el poder no frenaría al poder. Pero también es cierto que la riqueza de los controles del constitucionalismo británico de su tiempo era más amplia que la pura "faculte d empecher".

Las ideas constitucionalistas del liberalismo francés en la segunda mitad del siglo XVIII estarían influidas por las teorías de Locke y Montesquieu en mayor medida que por las ideas del gobierno bien equilibrado. Ni siquiera la defensa por ese vulgarizador del talento que fue Burlamaqui de la "balance des pouvoirs en sus Principles du droit politiqueé", de 1751, tuvo, como se sabe, mayor trascendencia. Ello quizá fuera debido, aparte de la consideración británica como algo tan peculiar que difícilmente era importable, a la concepción rousseauniana de la democracia y de la Ley. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano es un ejemplo, casi paradigmático, de todo ello. En primer lugar, en cuanto al concepto de Constitución, enunciado en términos bien conocidos como una ordenación del Estado que debe necesariamente basarse en la división de poderes y en la garantía de los derechos fundamentales. Y en segundo lugar, en cuanto al concepto de Ley, entendida como expresión de la voluntad general. De estos postulados se derivarían notables consecuencias para el constitucionalismo democrático: la doble limitación material y funcional del poder, por un lado, y, por el otro, la consideración del derecho como producto inmediato de la

decisión del pueblo o de sus representantes. El Estado constitucional aparecerá, así, como una forma específica del Estado que responde a los principios de legitimación democrática del poder (soberanía nacional), de legitimación democrática de las decisiones generales del poder (Ley como expresión de la voluntad general) y de limitación material (derechos fundamentales), funcional (división de poderes) y temporal (elecciones periodísticas) de ese poder.

No obstante, la desconfianza hacia los jueces, la consideración de la jurisdicción como una mera actividad de aplicación mecánica de la ley y la concepción cuasi sacral de la ley misma, como producto de la razón y no del concierto de intereses y como expresión de voluntad como consecuencia de una fuerte mitigación de los controles. Mitigación acentuada por la misma idea rousseauniana de la democracia que negaba el pluralismo, el equilibrio entre ellos producto de frenos y controles y solo aceptada, en puridad, la autolimitación, es decir, el dogma de la voluntad de la mayoría. En resumidas cuentas, se pregonaba la limitación, pero no se instrumentaban suficientemente sus garantías, situación que se perpetuaría por mucho tiempo en el Derecho Público Europeo Continental. Frente al liberalismo de Locke, se ha dicho, el estatalismo de Rousseau ofrecerá al hombre muy escasas garantías frente a la acción del poder, y se podría añadir que ese estatalismo, cuya paternidad es sin duda alguna hobbesiana, se prolongará, a

través de la obra de Hegel, hasta la dogmática jurídica alemana de la segunda mitad del siglo XIX.

El resultado al que conduciría, de inmediato, la ausencia del equilibrio como elemento básico de la Constitución Democrática será o bien el establecimiento de una división de poderes sin apenas controles (Constitución Francesa de 1971) o a una negación de la división misma del poder, es decir, a un régimen de asamblea (la dictadura jacobina implantada en agosto de 1972) o a un peculiar modelo (que nunca entró en vigor) mezcla de régimen de asamblea y democracia directa (el de la Constitución de 1793). En el primer caso, la separación rígida de los poderes y de las competencias (con la única excepción, quizá, del veto regio, en la Constitución de 1791, y aun en este caso bastante mitigado impedía verdaderamente la existencia de controles interorgánicos. En el segundo caso (en sus dos variantes), no habiendo tampoco la limitación como diferenciación funcional: el poder de la Asamblea era absoluto (que fuese temporalmente elegido no ponía trabas a su actividad, sino sólo a la duración de su mandato) en la etapa jacobina y sólo estaría matizado por mecanismos plebiscitarios (poco capaces para servir de frento) en el frustrado modelo de 1793.

Estrechamente vinculado a la supremacía de la Constitución, se halla este principio de lata importancia para mantener la vigencia de la Ley fundamental. Si la supremacía de la Constitución supone un sistema básico

de normas y que hay diferencia entre Ley Constitucional y Ley ordinaria, es lógico, concluir que debe existir un poder capaz de resguardar los grandes principios receptados en la Constitución, y que el pueblo ha estimado necesarios para la existencia del Estado y de su orden jurídico. Los jueces son los investidos de ese poder en cuanto ellos son los encargados de aplicar la Ley. De la supremacía constitucional deriva la potestad judicial para declarar la inconstitucionalidad deriva la potestad judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, porque los Tribunales proceden siempre aplicando la Constitución, con prescindencia de toda disposición de los demás poderes que se hallen en oposición de ella. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, fundado en lo que Hauriou llama "Superlegalidad de las leyes", es de estricto derecho dentro del Estado gobernado por leyes, y corresponde la misión natural de los jueces.

Esta prerrogativa judicial o justicia constitucional tuvo su formulación definitiva en la sentencia de la Corte Americana por boca de su Juez Marshall. Y el razonamiento que funda esa egregia facultad, aparece dentro de un Estado de Derecho. Cuando el juez se encuentra que debe aplicar una norma en un caso sometido a su decisión y ella es contraria a la Constitución, su obligación es dar preferencia a ésta. Entonces niega aplicación a la Ley invocada porque aplica la Constitución, cuya vigencia, por ser suprema, es incoercible. Por ello la declaración de

inconstitucionalidad de una Ley, decreto, ordenanza, o resolución, deviene como consecuencia necesaria de la aplicación de la Ley fundamental.

Este poder no es absoluto, puesto que él se da solo en los casos, o causas sometidas a su decisión. El Juez no enerve la norma simplemente en el caso particular, hace primar la Constitución, y rehúsa aplicar la norma de los poderes, que hace a la forma republicana de gobierno, es límite o freno de aquella prerrogativa. Dentro de nuestro sistema institucional, el juez no crea normas, sino que simplemente determina, la que debe aplicarse de entre las existentes. Los jueces, decía Montesquieu, no son más ni menos que la boca que pronunciaba las palabras de la Ley.

No ver como legítima la revisión judicial de las leyes sería romper el equilibrio de los poderes, subordinado el Poder Judicial a la omnipotencia legislativa, siempre funesta para las Instituciones Libres. La decisión del legislador y la decisión del juez, tienen en doctrina el mismo carácter, la decisión del juez no es sino un juicio particular, como la ley es un juicio general. Entonces, así como el legislador no está sometido a otra autoridad que la Constitución, lo mismo el Juez no debe estar sometido a otra autoridad que el poder constituyente. Imponer al juez la obligación de aplicar una Ley Inconstitucional es declararlo inferior al legislador, es colocarlo bajo su dependencia, es violar el principio de la separación de los poderes, siempre garantía de la libertad.

Por ello es lógico afirmar que la inconstitucionalidad de una norma jurídica surge indirectamente en razón de la preferencia o privilegio que el juez asigna a la norma básica, reputada como suprema. Lo contrario a la Constitución se tiene por inexistente. No es Ley, como decía Marshall.

Poco tiempo después de sancionada la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, el Magistrado Presidente de la Suprema Corte Suprema de Justicia, John Marshall, en 1803, en el caso "Marbury vs. Madison", en el cual la cuestión a decidir tenía relación directa con la competencia originaria del Alto Tribunal, reconoció la supremacía de la Constitución de los Estados Unidos. En efecto, el Congreso, había dictado una Ley ampliando la jurisdicción de la Suprema Corte, facultándola a librar mandamientos en instancias originarias. Marbury, nombrado juez de paz por el Presidente Adams, poco tiempo, antes de hacer entrega del Poder Ejecutivo a Jefferson, pidió a la Suprema Corte que lo pusiera, en oposición del cargo, librando un mandamiento contra el Secretario de Estados, Madison. La Suprema Corte denegó el pedido, y declaró inconstitucional la cláusula de la Ley, dado que su competencia originaria provenía de la Constitución y el Congreso no pueden ampliar los casos de jurisdicción originaria, que se reducen a aquellos en que en Estado de la Unión, es parte o cuando lo es un Embajador o Ministro Extranjero.

Dijo Marshall "La Constitución es, o bien una Ley Suprema y soberana, no susceptible de ser modificada por medios ordinarios, o bien está a nivel de

las leyes ordinarias, y como todos las otras leyes, puede ser modificada cuando a la legislatura plaza modificarla. Si la primera parte de la alternativa es cierta, una Ley contraria a la Constitución no es una Ley, si la última parte es la verdadera, las Constituciones escritas son tentativas absurdas de parte del pueblo para limitar un poder, que por su naturaleza misma no puede ser limitado. Ciertamente, todos aquellos que han elaborado las Constituciones escritas, las contemplaron como formando la Ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente, la teoría de cada uno en tal gobierno debe ser que una ley de la legislatura repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría acompaña esencialmente a una Constitución escrita, y debe ser en consecuencia considerada por las Cortes como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. Si dos leyes están en conflicto entre sí, las Cortes deben decidir sobre la operación de cada una".

Concepto

El control constitucional es un conjunto de mecanismos destinados a mantener el funcionamiento del Estado dentro de los lineamientos señalados por la voluntad constituyente, y para impedir que ese poder exorbitante sea colocado al servicio de intereses diferentes a los de la comunidad.

Naturaleza Jurídica de la Inconstitucionalidad

El tema de la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad puede plantearse básicamente, desde dos puntos de vista diversos, aunque compatibles y complementarios:

- a) Desde el punto de vista de su origen, o, en otras palabras de su relación con el proceso concreto en el cual se plantea.
- b) Desde la perspectiva de su objeto o finalidad, perseguida mediante este mecanismo de control de constitucionalidad.

CAPÍTULO II

Características generales del Instituto investigado. Modelos de Control de Constitucionalidad. El Fundamento de la Supremacía.

La Constitución, por el papel que cumple dentro de la moderna organización del Estado, posee una doble superioridad.

- a) Superioridad de ***contenido*** por cuanta ninguna otra norma, dentro de un mismo ordenamiento, puede poseer un contenido contrario al de la Constitución. De aquí se desprende la institución del control constitucional que busca precisamente salvaguardar la integridad del ordenamiento jurídico, manteniendo incólume el contenido de la normatividad constitucional, impidiendo que normas de inferior categoría puedan llegar a alterarla.

- b) Superioridad de ***forma*** por cuanto la expedición y reforma de los preceptos constitucionales exigen requisitos y procedimientos diferentes, mucho más exigentes que los previstos para las normas ordinarias.
- c) Superioridad ***sociológica***, esta puede nacer del acatamiento y respeto brindado al texto constitucional, no sólo parte de los gobernantes, sino de los simples ciudadanos, bien porque se la considere el acta fundacional de la sociedad y del Estado, y porque ella es el resultado de amplios consensos políticos y sociales que le han dado existencia, como ha ocurrido con la mayoría de las Constituciones de la segunda posguerra en las democracias europeas. El carácter "consensuado" del constitucionalismo contemporáneo, hace más obligante la vocación de permanencia y estabilidad que se le asigna al texto constitucional, de suerte que eventuales mayorías futuras en los parlamentos o congresos no pueden alterar, sin más, los presupuestos convenidos mediante el pacto constitucional que dio vida a aquel.

"La Constitución aparece así en el más alto escalón de la jerarquía de sistema y la superioridad con relación a las demás normas pasa a ser su característica formal. Se nos presenta, entonces, la Constitución como Ley suprema o fundamental, como la Ley de Leyes según la acertada expresión de Alberdi…como el fundamento obligado de todas las demás normas jurídicas según opinión de Linares Quintana, y como razón de validez de las disposiciones legales acogiendo la noción de Kelsen".

La supremacía constitucional es el resultado de la evolución histórica dirigida a alcanzar la limitación del poder político, ya que los principios y mandatos constitucionales, proporcionan el marco legal dentro del cual puede efectuarse la actividad de los gobernantes, del cual no pueden apartarse sin desvirtuar la naturaleza de un poder reglado.

En esta perspectiva la Constitución adquiere, sin duda, un carácter sacralizado que coadyuva a su función legitimadora del ejercicio del poder, por cuanto, en razón de la salvaguarda de los derechos del ciudadano que necesariamente debería cumplir la actividad de los gobernantes se remite permanentemente a ella, extrayendo en esta forma continúa legitimidad para sus actos.

Conviene, con fundamento en los anteriores presupuestos, detenernos en la más acabada teorización acerca de la supremacía constitucional elaborada por el jurista Kantiano Hans Kelsen, por su implicación no solo en el campo de la teoría constitucional, son en el derecho penal a través de la llamada "Escuela Dogmática" o de la "tipicidad penal".

Para el **sistema Keynesiano**, el derecho ofrece al investigador una **dualidad** de naturaleza:

- a) De una parte, como una de las formas de la conciencia social, el derecho es un verdadero **sistema ideológico** que refleja la realidad de manera distorsionada.

b) El otro aspecto del derecho es el de ser una **técnica de legitimación y coacción** del poder político.

En este sentido el derecho no es una mera idealidad, simple sistema ideológico, sino que adquiere una eficacia particular en la medida en que regula comportamientos sociales, obedeciendo a distintos intereses socialmente relevantes (de clases, grupos o sectores de la misma sociedad).

Tal dualidad del derecho ha sido expresada por medio de las categorías Kantianas de "deber ser" y "el ser", que para el filósofo de Koenisberg aparecen como contradictorias e irreconciliables.

En el universo del "deber ser", el derecho se muestra como pura idealidad y la norma jurídica como esencialmente lógica, por obedecer a principios de **universalidad y necesidad** (lo racional es racional porque es universal y necesario).

Por el contrario, en el universo del "ser", de los hechos, de lo cambiante, las normas jurídicas pierden su carácter pretendidamente universal y su aplicabilidad es variable en sumo grado.

Las posiciones idealistas a lo largo del trasegar del pensamiento humano, han manifestado siempre horror por lo concreto, por cuanto éste se les presenta como lo mudable, lo cambiante y, por lo mismo, como sujeto al alzar y al caos. De ahí nace la tendencia a refugiarse en la pura idealidad (en el mundo de las ideas "puras", absolutas, v.g.: el topos uranios platónico; la concepción de los dos mundos de Parménides; la "causa última" que

confiere racionalidad a una realidad cambiante caótica en el sistema de Aristóteles; la idea absoluta de Hegel, las categorías Kantianas).

Kelsen pretende ubicar el derecho en el universo del "deber ser", es decir, en el universo de las ideas puras, no contaminadas por la realidad. Para lograrlo considera:

- a) Que el objeto de la "ciencia pura" del derecho ("pura" en el sentido de que los conceptos que emplea no provienen de la experiencia, pues son universales y racionales) es la **norma jurídica**.
- b) El análisis de la norma jurídica, como objeto propio de la "ciencia" jurídica, esta obligado a desembarazarse de todo **contenido sociológico y psicológico**. No interesa que disponga la norma. Basta que tenga los prerrequisitos de toda norma jurídica (derivación de otra norma de superior jerarquía). Igualmente es preciso rechazar toda consideración acerca de la finalidad que la norma pudiese pretender (justicia, igualdad, seguridad, etc.), cualquier referencia a contenidos sociológicos, psicológicos, éticos, etc., es rechazada por Kelsen por considerar que éstos son residuos metajurídicos que obstaculizan el avance de la ciencia jurídica.

Como dice Cerroni, comentando el pensamiento Keynesiano: "Toda investigación sobre la legitimidad moral o de justicia de la norma y sobre la efectividad histórica del ordenamiento, es extraña a la problemática lógica-científica de las disciplinas jurídicas…"

- c) En consecuencia, la "ciencia pura" del derecho, **ordenará por gradaciones las distintas normas jurídicas** en razón de su logicidad y de manera sistemática (la celebre representación piramidal del ordenamiento jurídico), es decir, buscando limpiar de las escorias de la realidad a la norma jurídica.
- d) Según lo anterior, unas normas derivan de otras hasta llegar a **norma superior (grundorm**), que para algunos interpretes de Kelsen es la constitución y para otros es un imperativo categórico, a la manera Kantiana, y que podría ser formulado en la siguiente forma: "debes obedecer a la norma jurídica". En este último caso, la Constitución, como norma jurídica, derivaría su validez, de dicho mandato categórico.

Ahora bien, el sistema Kelsiano entra en insolubles contradicciones lógicas (antinomias). En efecto, suponiendo que la Constitución es la que le da validez a todo el resto de normas (ordenamiento jurídico), cabría la pregunta ¿La Constitución es o no una norma jurídica?. Si se responde afirmativamente, debe suponerse que tiene las características de toda norma jurídica, a saber, que deriva su validez y eficacia de otra norma jurídica. Pero en tal caso la Constitución dejaría de ser la norma última de superioridad. Si se responde negativamente, tendríamos entonces que la norma superior de la cual derivan todas las demás su validez no es una norma jurídica, en el sentido Kelseniano del concepto.

En estas condiciones la construcción de Kelsen encalla en una sin salida lógica que:

- a) Si la norma superior no es una norma jurídica, no se entiende de donde recibe su validez, a diferencia del resto de las normas.
- b) Si la norma jurídica superior deriva su validez de los hechos (pongamos por caso una revolución que instaura un nuevo ordenamiento jurídico), se pierde la puridad del derecho deseada por Kelsen con respecto a los fenómenos de la experiencia, que en tal caso serían un factor de producción de la norma jurídica.
- c) Si se considera que la validez de la norma superior se funda en un imperativo categórico, se tiene entonces que el derecho como ciencia carece de autonomía con respecto a las demás ciencias y disciplinas ya que se ve obligado a acudir a la ética para prestarle legitimidad a su sistema, lo cual repugna el postulado autonomista del derecho que Kelsen pretendió denodadamente fundar.

Por último, conviene anotar que el sistema Kelseniano no es otra cosa que la idealización del "Estado de Derecho" Burgués, porque partiendo, en contra de sus propios principios, del Estado capitalista tal como ha llegado a configurarse desde la Revolución Francesa, pretende conferirle rasgos de inmutabilidad y eternidad adscribiéndolo al universo del "deber ser", de las categorías "puras", innatas, no procedentes de la cambiante realidad material.

El jurista soviético Pasukanis sostiene con respecto al pensamiento Kelseniano:

"Tal teoría del derecho, que no explica nada, que a priori les da la espalda a las realidades de hecho, es decir, a las realidades de la vida social, y que se ocupa de normas son preocuparse de su origen (lo cual es una cuestión metajurídica) o de sus relaciones con cualesquiera intereses materiales, puede pretender el titulo de teoría solo en el sentido en que se acostumbra a hablar de una teoría del juego de fracasos. Tal teoría nada tiene que ver con la ciencia. Esta "teoría" no intenta en absoluto examinar el derecho como forma jurídica histórica, pues no trata de estudiar la realidad en forma alguna. Por eso, para emplear una expresión vulgar, no hay cosa que se pueda sacar de allí".

Estrechamente vinculado a la supremacía de la Constitución, hallase este principio de alta importancia para mantener la vigencia de la Ley fundamental. Si la supremacía de la Constitución supone un sistema básico de normas y que hay diferencia entre ley constitucional y ley ordinaria, es lógico concluir que debe existir un poder capaz de resguardar los grandes principios receptados en la Constitución, y que el pueblo ha estimado necesario para la existencia del Estado y de su orden jurídico. Los jueces son los investidos de ese poder en cuanto ellos son los encargados de aplicar la Ley. De la supremacía constitucional deriva la potestad judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, porque los tribunales proceden

siempre aplicando la Constitución, con prescindencia de toda disposición de los demás poderes que se hallen en oposición a ella. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, fundado en lo que Hauriou llama "superlegalidad constitucional", es de estricto derecho dentro del Estado gobernado por leyes, y corresponde a la "misión natural de los jueces".

Esta prerrogativa judicial –judicial review- "justicia constitucional", tuvo su formulación definitiva, en la sentencia americana que se recuerda por boca de su juez Marshall. Y el razonamiento que funda esa egregia facultad carece de toda lógica dentro de un Estado de Derecho. Cuando el juez se encuentra que debe aplicar una norma en un caso sometido a su decisión y ella es contraria a la Constitución, su obligación es dar preferencia a ésta. Entonces, niega aplicación a la ley invocada porque aplica la Constitución, cuya vigencia, por ser suprema, es incoercible. Por ello la declaración de inconstitucionalidad de una ley, decreto, ordenanza, o resolución deviene como consecuencia necesaria de la aplicación de la Ley fundamental. Siempre es nueva la argumentación de la Corte Americana que recuerda Corwin: Puesto que la Constitución tiene carácter de ley, debe ser interpretada por los jueces en los casos que surjan con motivo de ella. Puesto que la ley suprema, los jueces deben darle preferencia sobre cualquiera otra Ley.

Ese poder de los jueces no es absoluto, puesto que él se da sólo en los "casos" o "causas" sometidos a su decisión. El juez no enerva la norma;

simplemente en el caso particular, hace privar la Constitución y rehúsa aplicar la norma que reputa contraria a la Ley Suprema. El principio de la división de los poderes que hace a la forma republicana, es límite o freno de aquella prerrogativa. Dentro de nuestro sistema institucional, el juez no crea normas, sino que determina la que debe aplicarse de entre las existentes. Aplica la Ley declarada o creada por el Legislador. Los jueces, decía Montesquieu, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la Ley.

Los fundamentos más visibles de la supremacía constitucional, puede decirse que son dos: uno, político, y el otro legislativo.

El primero consiste en que la Constitución enuncia y consagra los valores constantes (libertad, justicia, paz, orden, seguridad, etc.) que constituyen los verdaderos y últimos sustentos de la comunidad nacional; o sea que la existencia de ésta se asienta en esos valores, que por eso mismo se convierten en primados de todos los demás. El legislador les da forma, a través de enunciados lógicos que convierte en preceptos jurídicos, como tales normativos, porque una vez sancionados por el Estado en nombre de la nación pasan a ser reguladores de la conducta social futura. Por lo cual las disposiciones ordinarias tienen que adecuarse a las fundamentales (constitutivas) contenidas en la Constitución, y por la cual el legislador común que da sujeto obligatoriamente a sus límites. Su misión no podrá ser

otra que la nación estatuya en la Constitución, respetando sus presupuestos y sus restricciones.

Por otro lado, desde le mismo punto de vista político, esa supremacía deriva de que la Constitución es la que organiza los Poderes del Estado, estableciendo sus atribuciones y modo de funcionamiento, a través de un órgano exclusivo como es la Asamblea Constituyente. El legislador común tampoco tendrá, pues, facultad para modificar esa organización no se limite a fijar la competencia de cada Poder, sino que se verá obligado a respetarla en toda su pureza, ateniéndose obligatoriamente a la estructura estatal. Es decir, no le será dado alterarla. Por donde todo el derecho viene a quedar sujeto a los límites constitucionales establecidos, en especial en el caso de las llamadas Constituciones "rígidas" o "pétreas" como la nuestra, convirtiéndose él mismo en un sistema de restricciones.

El fundamento legislativo de la supremacía de la Constitución surge de ella misma, al declarar ley suprema de la Nación, a través de un órgano específico que la representa y al establecer la jerarquía de las normas jurídicas según el orden en que deben ser aplicadas.

El análisis de la supremacía establecida a favor de la Constitución, con el objeto de explicar estos fundamentos, quizás sea posible encontrar en su trasfondo dos principios a los cuales la sociedad presta adhesión por su doble valor jurídico y político; el de la necesidad de dar estabilidad al derecho y el de la necesidad de que el derecho constituya un todo armónico.

Ninguna de las dos cosas es posible si las normas jurídicas que emanan de los diversos órganos del Estado no se ordenan hacia una fuente primera y preeminente, que contiene los principios estables y fundamentales a los cuáles adecuarse.

Si, en efecto, faltasen esos principios estables, el derecho positiva podría cambiar con una caótica celeridad, especialmente en un mundo que padece inflación legislativa, por la sucesión ininterrumpida de leyes contradictorias que traerían su secuela obligada de incertidumbre jurídica. Si faltasen los principios fundamentales, no habría modo de saber cuáles normas privan sobre otras, y consecuentemente, faltaría el criterio objetivo para tal determinación, haciéndose imposible la solución de todo conflicto que se suscitase por actos de distintos órganos. Los principios de abrogación y derogación no darían garantía alguna respecto de la estabilidad del derecho, aunque sí la darían respecto de la vigencia del derecho.

Mediante la Constitución y el establecimiento de su primacía, se logra que las leyes converjan hacia ella, en una radical exigencia de compatibilidad. Mediante ella la comunidad puede conocer en grandes líneas sintéticas el derecho básico que regula su existencia, con la seguridad de que el mismo no será inopinadamente transformado, bajo pena de invalidez de las normas que lo pretenden. Así, pues, mediante ella, el derecho adquiere un mínimo grado de estabilidad y un mínimo grado de coordinación, indispensables para su propia vida y para la vida normal de la sociedad que rige.

La teoría constitucional moderna y el constitucionalismo clásico han construido la doctrina de la supremacía de la Constitución. Para entender lo que significa esta supremacía en el sistema del aludido constitucionalismo hay que recordar que éste acoge y difunde la topología de las constituciones escritas o codificadas, o formales, como complejos normativos unitarios. Es, entonces, a la Constitución formal a la que se inviste de la calidad de suprema.

Una primera aproximación se consigue empleando la imagen piramidal y escalonada del orden jurídico al estilo Kelseniano; la Constitución es suprema en cuanto encabeza ese orden jerárquico, situándose en su vértice o cúspide. Si la imagen se invierte, el resultado no cambia demasiado, el decir que es fundamento o la base del orden jurídico. De un modo o de otro, presidiendo desde arriba o dando apoyatura desde abajo, la Constitución es la normación primera y ultima de la cual deriva y en la cual se sostiene el orden jurídico, como estructura jerárquicamente escalonada.

Ello implica diversas consecuencias: a) La Constitución es la fuente primaria de validez positiva del orden jurídico; b) la Constitución habilita la creación sucesiva y descendente de ese mismo orden en cuanto a la forma y en cuanto al contenido del sistema normativo; c) La Constitución obliga a que el orden jurídico sea congruente y compatible con ella; d) la Constitución descalifica e invalida cualquier infracción a ella.

Resumiendo, el orden jurídico, debe estar de acuerdo con la Constitución y no debe trasgredirlo. Si la ruptura de ese ligamen de subordinación se produce, la violación implica una anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad.

El orden jurídico que debe compadecerse con la Constitución, puede de hecho, y a veces presenta discordancias: son las inconstitucionalidades.

En cambio en un enfoque fáctico, pese a que no guarde afinidad con la doctrina clásica de la supremacía, también es admisible calificar a la Constitución formal sino la material. Y se dice que según "es" esta Constitución material, así "es", de esta manera y no de otra, el orden jurídico, lo cual significa que la Constitución material es el fundamento y la base de aquel orden, con independencia de su validez dike lógico.

Hay también una noción de jerarquía a favor de la Constitución material como derecho fundamental o fundacional del orden jurídico. No obstante, el emplazamiento fáctico que se hace, la Constitución material en un plano cimental o basal, se endereza más a comprobar que un determinado orden jurídico es de "tal manera", por pertenecer a un Estado que tiene "tal manera", por pertenecer a un Estado que tiene "tal" Constitución material que al enunciar el "deber ser" dikelógico de que este orden jurídico deba su validez en la Constitución formal y la conserve mientras no se aparte de ésta.

La Gradación Jerárquica del Orden Jurídico

La doctrina moderna de la supremacía presupone que el orden jurídico no es caótico ni desordenado, sino que el plexo se integra en una gradación jerárquica y escalonada que conoce planos subordinantes y subordinados.

Otra vez el descenso piramidal desde el vértice ocupado por la Constitución formal hasta la base, muestra que hay planos escalonados en cada uno de los cuales, la forma de producción jurídica y el contenido de ésta deben adecuarse a las prescripciones del plano antecedente, que marca a las prescripciones del plano antecedente, que marca las pautas al inferior, desembocando y remitiéndose todos a la instancia de la Constitución suprema. Esta jerarquía de los distintos grados del proceso creador del Derecho ha sido destacada por Kelsen, y resulta útil para el punto en estudio.

La Idea de Control

La Institución del control constitucional es una consecuencia del principio de la "supremacía de la Constitución". En efecto, ella trata de garantizar que

la Constitución no sea modificada por normas de inferior jerarquía, anulando o abrogando aquellas leyes o disposiciones del legislativo o del ejecutivo que resultan contrarios a los preceptos constitucionales.

Es evidente que una ley o un acto del gobierno que riña con los cánones de la Constitución implican una alteración de ipso al texto constitucional. El control constitucional esta destinado por tanto, a impedir que las modificaciones a la Carta ocurran por fuera de los presupuestos y requisitos que ella misma establece para su revisión.

La institución del control constitucional busca pues conservar la intangibilidad de la Constitución como marco legal superior de la acción de los gobernantes, es decir, como instrumento de limitación al ejercicio del poder político.

Sostienen los tratadistas que la actividad del órgano controlador se limita a comparar la doble relación, formal y material, entre la norma presuntamente vulneratoria y los preceptos constitucionales, a fin de deducir su concordancia o incompatibilidad. Es, pues, teóricamente hablando un control jurídico, puramente formal, que para nada tiene en cuenta los factores de conveniencia u oportunidad que hubiesen animado al legislador o al gobierno para expedir el acto acusado de inconstitucionalidad.

Con todo, teniendo en cuenta que dicho control, a través de la interpretación jurisdiccional, entra a definir el ámbito de acción de los órganos e instituciones políticas, sus mutuas relaciones, el alcance, capacidad y

eficacia de sus actos, etc. resulta indubitable que dicho control es un control político, en contra del parecer de quienes pretenden circunscribirlo a una actividad en puro derecho, como si lo jurídico pudiese desligarse de lo político, del cual es su producto e instrumento legitimador.

De acuerdo a esta posición, Loewenstein sostiene: "El control de la constitucionalidad, es esencialmente, control político y cuando se impone frente a los otros detentadores del poder es, en realidad, una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por su propio derecho en detentadores semejantes, cuando no superiores a los otros detentadores del poder instituido".

La doctrina de la supremacía de la Constitución es una construcción elaborada en el plano de los principios, que formula un deber-ser, y que se incorpora así a la normación constitucional. Pero si no desencadena como corolario algún mecanismo que haga efectiva, corre riesgo de ineficacia y de falta de practicidad.

En efecto, cuando la Constitución que no deber ser violada lo es, se torna menester recuperar la supremacía ultrajada por la inconstitucionalidad y nulificar a ésta mediante algún sistema.

No se trata de definir un mero principio como el de la supremacía, por muy trascendental que sea sino de arbitrar una técnica para que la supremacía opere.

En sentido amplio esta técnica es una garantía, es decir, un procedimiento de reaseguro para la supremacía de la Constitución, y como esta supremacía ultrajada por la inconstitucionalidad y nulificar a ésta mediante algún sistema.

El mecanismo y el sistema aludido, implican lo que se denomina el control constitucional, o la revisión constitucional, o la defensa constitucional o la jurisdicción constitucional. Bajo cualquier nombre se trata de una verificación o fiscalización que tiende a detectar si la Constitución ha sido trasgredida, y a emitir un pronunciamiento afirmativo o negativo, con algunos efectos que dependen del sistema.

No se trata de definir un mero principio como el de la supremacía, por muy trascendental que sea sino de arbitrar una técnica para que la supremacía opere.

En sentido amplio esta técnica es una garantía, es decir, un procedimiento de reaseguro para la supremacía de la Constitución, y como esta supremacía que ha sido pensada en el constitucionalismo moderno a favor y en protección de los gobernados, el mecanismo de control como garantía de la supremacía se convierte, en una garantía en pro de los individuos.

El Modelo Norteamericano

La doctrina de la supremacía de la Constitución formal, y su técnica de control judicial es una elaboración propia del Derecho norteamericano, no obstante, la Constitución formal de los Estados Unidos carece de norma expresa acerca del control.

Hay, además, normas constitucionales que confieren al Poder Judicial Federal, la competencia para entender en los casos que surjan bajo la Constitución, las Leyes y los Tratados, y que se emplean para colocar cualquier precepto de la primera bajo la interpretación de los Tribunales, así como otras que obligan a los jueces a prestar juramento de sostener la Constitución.

Coordinando esta pluralidad de prescripciones, el Derecho Judicial norteamericano, arribó a la construcción de una teoría conforme, a lo cual los Tribunales tienen obligación –en causas judiciales- de declarar nulos los actos del Congreso o de los Estados que son repugnantes a la Constitución Federal. Tal es la doctrina de la "judicial review", o revisión judicial de constitucionalidad, fundada en la interpretación de la Constitución, pero sin norma explicita habilitante.

Cuando en 1803, se sentencia por la Corte Suprema Federal el célebre caso "Marbury vs. Madisón", el Juez Marshall sostiene que si una ley en oposición a la Constitución, y ambas se aplican a un caso particular, el Tribunal debe decidir: a) o aplicar la ley dejando de lado la Constitución; b)

o aplicar la Constitución dejando de lado la Ley, es decir tiene que determinar cual de las dos normas en conflicto, rigen el caso.

Esto es de obligación judicial. Y si los Tribunales han de observar la Constitución y ésta es superior a la ley, quienes controvierten el principio de que el Tribunal debe considerar a la Constitución como ley suprema se ven constreñidas a sostener que los jueces deben cerrar los ojos a la Constitución y ver solamente la Ley.

Esta doctrina –añade Marshall- subvertiría el fundamento de las Constituciones escritas, y declararía que una ley de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro gobierno es enteramente invalida, resulta, sin embargo y en la práctica, enteramente obligatoria.

Declararía que si la legislatura hiciera lo que le está expresamente prohibido, tal ley, no obstante la prohibición, sería en realidad eficaz.

Con este razonamiento casi silogístico, la Corte Americana edificó el control judicial difuso, a cargo de todos los Tribunales de justicia, en la medida que deben resolver causas judiciales, y en que dentro de las mismas se verifica la colisión apuntada por Marshall entre la ley aplicable al caso y la Constitución.

El armazón de esta creación judicial incorporada definitivamente al Derecho Constitucional de Estados Unidos, y expandida desde el territorio norteamericano extraterritorialmente al Derecho Comparado, cuenta con varias piezas: a) la Constitución escrita y rígida es suprema; b) las leyes

contrarias no son verdaderamente leyes, no valen como tales, porque implican materialmente una reforma indebida a la Constitución; c) los Tribunales judiciales deben decidir el conflicto en el marco de la competencia, de la causa que tienen la resolución; d) si una ley infringe a la Constitución es deber de los Tribunales rehusar su aplicación al caso bajo decisión; e) de no hacerlo, se destruye el fundamento de la Constitución.

Dentro de este lineamiento, el control judicial norteamericano da por cierto que la judicatura no actúa de oficio, es decir, mientras no hay causa concreta planteada ante sus órganos y la declaración de inconstitucionalidad no debe pronunciarse si no hay certeza de la incompatibilidad entre la Ley y la Constitución. El efecto de la declaración de inconstitucionalidad se circunscribe a no aplicar la norma al caso, pero atento el sistema de fallar las causas conforme al principio del "stare decisis", puede decirse, en cuanto a la vigencia sociológica de la ley (que normológicamente subsiste) que aquella declaración de inconstitucionalidad impediría su aplicación a casos análogos futuros.

Es por eso que García Pelayo afirma que una norma federal declarada inconstitucional por la Corte Suprema pierde su validez en todo el territorio de la Unión. Y Corwin opina que la práctica constitucional impone al Poder Ejecutivo no aplicar más una Ley calificada por la Corte como inconstitucional.

CAPITULO III

Control constitucional en la Republica Argentina

Supremacía constitucional: La Constitución argentina, ley escrita, codificada y rígida, se distingue, por su origen, de las leyes ordinarias por ser producto del poder constituyente originario, las otras normas se originan en actos del Poder Legislativo, uno de los poderes constituidos que la propia constitución consagra. El principio del que hablamos esta expresamente consagrado en el Art. 31 CN. y su fuente es el Art. VI cláusula 2º de la Const. de EEUU.

Como bien lo expone María Angélica Gellí, “El control de constitucionalidad como medio de mantener la supremacía de la constitución, por creación pretoriana de la Corte Suprema de los Estados Unidos nació, en la célebre sentencia dictada en el caso “Marbury vs. Madison”. El fallo es extraordinario por muchos motivos. En primer lugar

porque creo un control, en cabeza de la Corte Suprema, sobre los otros poderes del Estado, pero lo hizo en Obiter Dictum, es decir en una serie de argumentaciones que no eran esenciales para dilucidar la cuestiona debatida en esa controversia.

El caso se había suscitado por una presentación directa ante la Corte Suprema norteamericana, efectuada por varios jueces designados por la administración saliente, pero cuyo nombramiento no se había hecho efectivos cuando asumieron las nuevas autoridades elegidas por votación popular. La Corte considero que, de acuerdo a la Constitución, no tenia competencia directa para proteger el derecho que, de todos modos y en la sentencia, reconoció a los peticionantes. Pero antes de resolver su incompetencia en el caso, el Tribunal declaro la inconstitucionalidad de la ley de organización judicial, la que según su propia interpretación, otorgaba a la Corte Suprema una competencia que la Constitución le negaba. La decisión del Tribunal, rechazando la acción se sostenía, pues en la falta de competencia originaria y directa de la Corte Suprema, y no en la falta de agravio o derechos de los peticionantes que expresamente reconoció el caso. En segundo lugar, la Corte Suprema estadounidense elaboro los fundamentos del control de constitucionalidad a partir del principio de supremacía, de las atribuciones del Poder Judicial para entender en los casos que versen sobre la constitución y de los deberes que la Corte Suprema tiene en punto a mantener aquel principio de supremacía constitucional.

En tercer lugar, el Tribunal fijo los limites de su propio poder para declarar la inconstitucionalidad de las normas en lo que denomino cuestiones políticas no judiciales, e identifico a estas de agravio concreto de un derecho personal aunque en el caso los accionantes si tenían derechos vulnerados. Por último, cabe señalar que la Corte Norteamericana declaro una inconstitucionalidad de oficio porque nadie le había pedido. Por cierto, lo hizo en materia de competencia, pero no para asumirla sino para declinarla…"

Es absolutamente necesario para que se cumpla el Principio de Supremacía Constitucional. Para que su vigencia quede garantizada es necesario que exista un órgano facultado a realizarlo mediante procedimientos que confronten normas, actos, disposiciones...con la Constitución. Ante la presencia de conflictos entre ellos que vulneren la Constitución podrán ser declarados inconstitucionales. Se ve claramente la interdependencia " control – supremacía". El mencionado principio concluye que las normas y los actos infractorios de la Constitución son inconstitucionales y es por eso que la doctrina de la supremacía forja de inmediato el control constitucional como mecanismo que confrontando normas y actos con al Constitución, verifica si están o no de acuerdo con ella y en caso de no estarlo los declara inconstitucionales. Poco vale el principio si no se planifica una magistratura constitucional que opere como órgano de control y procesos

constitucionales para que se haga efectiva la superioridad de la Constitución que haya sido infringida por normas y actos de los poderes constituidos.

Diversos sistemas de control

A) Control Político. Francia: En 1946 se creó un organismo especial, un Comité Constitucional con atribuciones muy restringidas y presidido por el Pte. De la República. En la Constitución de 1958 el organismo evoluciona y se desarrolla. Toma el nombre de Consejo Constitucional que por su independencia del Ejecutivo y del Legislativo constituye una auténtica corte constitucional. El jefe de Estado designa al Pte. del Consejo. Sus atribuciones están definidas, sus decisiones no pueden ser apeladas. El procedimiento de control distingue entre leyes orgánicas y leyes ordinarias. Las leyes orgánicas, antes de su promulgación y los reglamentos, antes de su aplicación, se someten automáticamente al Consejo Constitucional que se pronunciará previamente sobre su conformidad con la Constitución. Con la misma finalidad, las leyes orgánicas pueden remitirse al Consejo, antes de su promulgación, pero no llegan automáticamente sino que necesita del

impulso del Pte. de la Rep., el Primer Ministro o el Pte. de las asambleas. No puede ser impulsado por particulares.

La ventaja del control político francés: Que es un control preventivo que se realiza luego de la sanción de las leyes y antes de ser promulgadas.

La desventaja es la poca posibilidad de los particulares de impulsar el control para defender sus derechos que pasan a depender de los intereses de los funcionarios políticos facultados a realizar el impulso.

B) Control Mixto. Suiza: La más alta autoridad de Suiza es el Tribunal Federal. Se plantean diferentes sistemas de constitucionalidad. Surgen dos tipos de control.

El político: La constitución de Suiza establece que el mencionado Tribunal tiene la obligación de aplicar leyes y decretos sancionados y aceptar tratados ratificados por la Asamblea Nacional (parlamento). Sus jueces carecen de competencias para revisarlos, para verificar su constitucionalidad. La misma Constitución establece que es la voluntad del pueblo, que elige a la Legislatura federal la que se coloca por encima de la constitucionalidad ejerciendo la facultad de derogar las normas federales a través de las votaciones populares.

Sistema Judicial: El Tribunal Federal puede examinar y realizar control de constitucionalidad de la legislación cuando surjan conflictos de competencia entre autoridades cantonales (locales) y federales y en desavenencias entre

cantones en la ámbito del derecho público, en reclamos por violación de derechos constitucionales de los ciudadanos y violación de tratados y concordatos reclamados por los particulares.

El sistema es "mixto" dado que consagra el control político de normas federales y el judicial para la legislación cantonal-.

C) Control Judicial: Surge de dos vertientes: la europea –sistema concentrado- y la americana –sistema difuso-.

1. Control judicial concentrado. España: Se crea un órgano especial con funciones específicas relativas al estudio de temas constitucionales. La competencia del Tribunal Constitucional de España es conocer en recursos contra leyes y disposiciones normativas, amparos por violación de derechos humanos, conflictos de competencia entre el Estado y las Constituciones Autónomas. Los legitimados para impulsar el control son: a) Vía Directa: Pte. del Gob., Defensor del pueblo, senadores, órganos colegiados de las Comunidades Autónomas. Puede interponer recurso de amparo: toda persona con un interés legítimo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

b) Vía Indirecta: la cuestión puede ser planteada ante el Tribunal Constitucional por el órgano judicial durante el proceso cuando se tenga que aplicar una ley que puede ser contraria a la Constitución.

Las sentencias que declaran inconstitucionalidades tienen plenos efectos

erga omnes-.

2.Control Judicial Difuso. República Argentina: La supremacía constitucional quedó reconocida y consagrada en la Constitución americana de 1787 pero no sucedió lo mismo con el "control de constitucionalidad". Aunque no se incorporó expresamente que el Poder Judicial iba a realizar el control los convencionales reunidos en Filadelfia se inclinaban a otorgarle a dicho poder la mencionada facultad. En 1803, pretorianamente y a través del fallo "Marbury vs. Madison" se resolvió que la función de control la efectuaría el Poder Judicial.

Los constituyentes que sancionaron al Constitución argentina tomaron como modelo de control el adoptado por la Constitución de EEUU., adoptando implícitamente el control difuso. El art. 116 establece que: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación y por los tratados con las Naciones extranjeras".

De modo que nuestro país adoptó el sistema de control de constitucionalidad de tipo judicial "difuso" basado en que todos los jueces ejercen la potestad de interpretar la Constitución y en que pueden dejar de aplicar una norma en el caso concreto cuando la reputen contraria a la Carta Magna. Es derecho-deber de la judicatura cumplir su papel tutelar de la supremacía constitucional.

El principio no está contemplado taxativamente en la Constitución sino que emana de ciertas cláusulas: Arts. 31, 30, 116, que se sustentan en el siguiente basamento legal:

*Ley 128 de la Confederación Argentina (año 1858) que estableció que el principal objeto de la justicia federal es mantener en vigor y observancia la CN. en los casos contenciosos, interpretando con ellos las leyes uniformemente , aplicándolas conforme a la Constitución.."

*Ley 27 (año 1862): reafirma la función tutelar de la judicatura respecto de la CN. al establecer uno de los objetos (de la justicia nacional) es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella.

Caracteres. Requisitos y alcances

El control judicial de constitucionalidad en el orden federal presenta los siguientes caracteres:

1. Control difuso: En nuestro país no existe un "fuero constitucional" especializado. Este control no está monopolizado por un sector de la judicatura sino que lo ejerce el Poder Judicial, todos los jueces, en el ámbito nacional o provincial. La Corte ha señalado que "todos los jueces, de

cualquier categoría y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponda".

2. Por vía de excepción: Esto es así según la tradicional doctrina de la CS que sienta esa regla. El control se efectúa entonces con ocasión de un juicio contencioso, no cabe formular declaraciones abstractas de inconstitucionalidad. Reiteradamente la Corte ha establecido que la revisión judicial solo procede respecto de verdaderas causas judiciales, de controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos. No existiría una "real causa" si se persigue una "declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes".

Los argumentos que sirven de base para esta doctrina son: a) el Art. 2º de la ley 27 que establece que la Justicia Nacional "nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida y a instancia de parte"; b) el principio de división de poderes, en virtud del cual no se puede invalidar genéricamente leyes objetadas ante los estrados judiciales; y c) la presunción de validez que se le debe reconocer a los actos de las autoridades constituidas y a las leyes dictadas por el Congreso Nacional.

Actualmente, la Corte admite el ejercicio del control por vía de acción, a través de: acción meramente declarativa, acción de amparo, habeas corpues y la demanda incidental. A partir de 1983, con la finalización del último

gobierno de facto se aceptó la acción declarativa prevista en el Art.322 CPCCN, procediendo la declaración de inconstitucionalidad cuando la misma corresponda a un "caso" en el que el titular de un interés jurídico "concreto" busque "fijar la modalidad de la relación jurídica". Debe existir; controversia entre partes, interés concreto y actual y perjuicio consecuencia de esa falta de certeza.

La reforma de 1994 posibilitó el control de constitucionalidad en la "acción de amparo", que establece: "en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto y omisión lesiva". No existe en el orden federal "control abstracto" de inconstitucionalidad. El "control concreto" se hace efectivo por los siguientes conductos procesales: por vía de acción –acción declarativa de inconstitucionalidad; la demanda incidental; la acción de amparo y el habeas corpus – y por vía de excepción, en los casos contenciosos donde el demandado persiga la no aplicación de una norma que estima inconstitucional, y ha sido invocada por el actor.

3. A pedido de parte: Según la postura tradicional los sujetos habilitados para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma o acto son aquellos que se sienten agraviados, que tienen un "interés legítimo".La acción de habeas corpus puede ser deducida por la persona detenida o por cualquiera en su favor La introducción de la figura del amparo colectivo en el art. 43 de la CN. Implica apertura de los sujetos legitimados para impulsar

el control de constitucionalidad en lo relativo a la defensa de los "intereses difusos".

4. Es parcial o restringido: dado que no todas las normas ni todos los actos gubernativos son susceptibles de control. La exclusión se refiere a "las cuestiones políticas" y "facultades privativas o reservadas" que se encuentran exentas de control.

5. Efecto relativo, Inter.-partes: El juez no deroga la norma declarada inconstitucional, solamente la deja de aplicar en el caso concreto. Dicha norma únicamente puede ser derogada por el órgano que la dictó, el Poder Judicial se limita a no efectivizarla en el caso concreto de modo que la sentencia produce efectos relativos. De éste modo el sistema tiende a preservar la división de poderes.

El control constitucional de oficio y el iura novit curia como instrumento de tutela eficaz de la Supremacía Constitucional.

Las opiniones doctrinarias relativas al control constitucional de oficio.

La existencia de un "CASE" o caso como requisito previo a la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Cuando se habla de ejercer el control de constitucionalidad de oficio por parte de los magistrados, no se refiere a la posibilidad de que un juez, por la sola circunstancia de que haya tomado conocimiento de la existencia de una norma presuntamente contraria a la Constitución Nacional, quede habilitado para declarar la invalidez de la misma en ausencia de un proceso real.

En este contexto, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que tal actividad jurisdiccional le está vedada, ya que, en definitiva, no se admite la declaración de inconstitucionalidad de una norma que se repugna contraria a la constitución, en forma abstracta, es decir, sin la existencia previa a la sustanciación de un caso o juicio sometido a la administración de justicia.

En esto orden de ideas, entiendo que para que haya juicio, a los efectos de que el juzgador quede habilitado para dicho acto jurisdiccional de contralor, no debe ser indispensable la existencia de un caso "contencioso o contradictorio" en el sentido más amplio de controversia ocurrido entre las partes que respectivamente afirman y contradicen sus pretensiones, como lo es para la procedencia del fuero federal (Ver ley nº 27, Art. 2º). Ello es así, ya que independientemente de la naturaleza que revista el caso sometido a conocimiento de la justicia - ya sea de los llamados contradictorios, voluntarios, u otro tipo de proceso ello no invalida a que la cuestión de derecho sustentada en la pretensión por la parte interesada importe, en sustancia, contener una norma que sea presuntamente violatoria

de la constitución, aspecto que habilitaría, por regla, al estudio de la norma contrastándola con las Constitución Nacional y con los Instrumentos Internacionales de igual rango. Pero para que esta actividad ocurra, debe quedar abierta la instancia del Poder Judicial con la existencia indubitable de un caso o proceso, o en los propios términos señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación – de ahora en mas C.S.J.N. - cuando dice: "Es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución"* De ello se desprende que, de no darse tal supuesto previo –reitero ***una causa concreta*** - a tal actividad jurisdiccional de contralor, se encontraría comprometida seriamente la división de poderes en el que descansa nuestro sistema de gobierno.

Doctrina a favor de la revisión de oficio.

La tesis de la revisión de oficio ha sido la que mas adeptas ha ganado en estos últimos años, por no decir, la mayoría de nuestra doctrina en lo que respecta a esta materia.

En efecto, **Bidart Campos**, sostenía que "si los tribunales son, a su modo y en el marco de su competencia, los operadores que con más vigor tienen que asumir la defensa de la constitución y el control de constitucionalidad,

es imposible que para ejercer esa función se encuentren sujetos al pedido de parte interesada, porque ello deja la impresión –incongruentemente e incompatible con la supremacía- de que aquella misma función no va anexa a la propia del juez, sino que, en el mejor de los casos, se la acopla recién cuando el justiciable la recaba".

Sagües, con similar criterio, sostiene que: "la teoría que veda declarar la inconstitucionalidad de oficio a los magistrados es infundada, incongruente o inconstitucional. Infundada, "por cuanto no tiene basamento constitucional alguno"; incongruente "puesto que en la evolución jurisprudencial argentina, la Corte de Suprema de Justicia de la Nación la excepciona en algunos supuestos y la mantiene en el resto; de admitírsela (con razón, naturalmente) en determinados asuntos, se impone aceptarla en los restantes"; inconstitucional, "ya que viola el principio de Supremacía constitucional (art. 31 Const. Nac.), al permitir que la Constitución deje de aplicarse si las partes no la invocan y requieren la declaración de inconstitucionalidad de la ley ordinaria".

Por su parte, **Bianchi,** se cuestiona "Que norma antes que ninguna debe aplicar el juez antes de fallar? Respuesta: La Constitución Nacional. ¿Por qué? Porque así lo establece el artículo 31 de ella. Nueva pregunta: Pero, ¿y la presunción de legitimidad de los actos estatales? Nueva Respuesta: en

un sistema de control de constitucionalidad difuso y judicial como el nuestro, dicha presunción es meramente provisional (iuris tantun) y está sujeta a la ratificación de los jueces de esa legitimidad, es decir, los órganos judiciales [6], luego agrega que " el control de constitucionalidad es una de las funciones del juez y la misma es ejercida como cualquier otra. Nadie puede sentirse sorprendido por ella y es un deber de buen litigante anticiparse a ella, justificando la constitucionalidad de la ley sobre la que se apoyan los derechos invocados".

A su turno, **Haro** sostiene, y reafirmando la necesidad de que exista un caso judicial como previo a la declaración de inconstitucionalidad de una norma, que "estamos de acuerdo –como no podríamos dejar de estarlo- con quienes sostiene que la función jurisdiccional no debe actuar de oficio, sin en una causa, es decir, en un pleito concreto que se someta a un tribunal. Pero lo que no aceptamos es que, abierta la instancia judicial, promovida la acción, el juez no pueda de oficio realizar un acto tan eminente e insoslayable de su función jurisdiccional, como lo es el control de constitucionalidad"

Hitters, argumenta que "no cabe hesitación que la tesis negativa implica en definitiva una velada desconfianza a los jueces, pues se teme que éstos puedan inmiscuirse en asuntos reservados a otros órganos del estado....por

ello, haciendo una correcta interpretación gramatical, finalista, y abarcadora, cuando se prohíbe la inspección de oficio, debe entenderse que sólo alcanza a los casos donde no exista causa judicial, sometida a decisión de la justicia".

Morello, también adhiere a dicha postura, en cuanto sostiene que si bien la mayoría de la doctrina se ha hecho partidaria de la realización del control de oficio, entiende que la Corte Suprema ha sido categórica en sostener la posición contraria.

El maestro rosarino, **Alvarado Velloso**, afirma que: "La esencia de la función judicial no estriba pura y simplemente en aplicar la ley, sino en lograr como fin el imperio del valor justicia, empleado como medio un instrumento técnico que es la ley. Si este se acepta, el control ex officio de constitucionalidad fluye como consecuencia inevitable de la función judicial así definida. Primero: porque es al juez, no a las partes, a quien obviamente incumbe seleccionar el medio que empleará, escogiendo de entre las diversas normas posibles aquella que debe por fuerza preferirse, o sea ateniéndose a la Constitución – suprema lex – cuando con ella no se concilian las normas legales ordinarias. Segundo: porque, en orden al fin, siendo la Constitución plena de justa convivencia social y, sobre todo en el caso argentino, proclamándose desde el preámbulo constitucional al

principio de justicia como un axioma del sistema, sería inconcebible dejar librada a las partes la posibilidad de que ese fin se conquiste o se pierda, según que ellas quieran articular o no la impugnación de inconstitucionalidad. Resulta difícil entender, en verdad, cómo no se les admite a los particulares la renuncia general de las leyes (art. 19 del Código Civil), mientras que en cambio, paradójicamente, los jueces quedarían por anticipado y por siempre en situación de renunciantes a la esencia de su misión legal y justiciera, en tanto los particulares no se dignen tomar la iniciativa al respecto. En definitiva, la tesis contraria a la inconstitucionalidad de oficio entrega a las partes nada menos que la posibilidad del pleno imperio del orden jurídico en sus bases primordiales. Mayor absurdo no puede pedirse".

Gómez, Claudio afirma que: "Sin poder dejar de reconocer el gran poder que se deja en manos de los jueces, quienes pueden inaplicar un ley dictada por nuestros representantes,.....no es menos cierto, que según nuestro sistema de Constitución rígida o pétrea, los legisladores deben observar la Constitución en el dictado de sus normas, no pudiendo alterarla vía ordinaria, so pena de que si se incurre en tal transgresión, sea declarada nula o invalida por los jueces, quienes son los encargados de aplicar el derecho y, en primer lugar, la Constitución" Sigue sosteniendo, además, que: " Por otra parte la aplicación de la Constitución no puede quedar sujeto a las

voluntades de las partes intervinientes, porque ello significaría que sus normas carecen de imperatividad y obligatoriedad, que pueden ser renunciadas por ellas, lo que significa que la Constitución no es suprema, no es de orden público, pudiendo ser derogado y alterado por una norma inferior" Concluye aduciendo que: " De estar incursa una ley en inconstitucionalidad, no pueden los jueces negarse a ejercer el control, so pena de falta de pedido de parte o que su pedido fue tardío o que no tuvo sustanciación ante los jueces inferiores, porque tienen la obligación de aplicar la norma superior (art. 31 C.N.) desechando la inferior incompatible, sino se quiere dictar una sentencia inconstitucional, y como tal casable por el Máximo Tribunal del país por ser dicha sentencia arbitraria", máxime cuando, aduce dicho autor, que "hoy los órganos legisferantes del Estado, a través del dictado de normas llamadas de emergencias, situación normal que los mismos lo han generado, se hace necesario remarcar que la Corte Suprema haya retomado la buena senda, al sostener que los jueces pueden ejercer el control de constitucionalidad de oficio en una causa judicial"

Posturas moderadoras y condicionantes acerca del control de constitucionalidad.

Padilla, Miguel argumenta que no toda violación a las disposiciones de la Constitución es apta para permitir el control de oficio, aduce que, solamente "los jueces podrán, ante una norma que a su juicio desborde el auténtico marco del orden público, declarar la inconstitucionalidad si esa calificación afecta derechos adquiridos".

Gialdino, Rolando, luego de sostener que si bien "el proceso judicial no debe ser conducido en términos estrictamente formales, sino en el desarrollo de procedimientos destinados a establecer la verdad jurídica objetiva que es su norte" agrega diciendo que "aún cuando se piense que a los jueces les está vedado declarar la inconstitucionalidad de una norma o acto estatal sin petición de parte, ello no les impediría que ante una concreta situación jurídica que, a juicio, pudiese entrañar un conflicto de validez de normas sobre el que los contendientes hubiesen guardado silencio, llame a éstos a que formulen las alegaciones que el tema pueda merecerles, así como a que indiquen el nexo que dichas alegaciones pudiesen guardar con los hechos y la prueba que oportunamente hubiesen invocado y propuesto". Y que "en tanto y en cuanto no signifique violencia a los alcances del litigio y no apareje la reapertura de estadios procesales precluídos, la señalada iniciativa judicial resulta un medio idóneo para satisfacer equilibradamente las diversas exigencias de que se ha hecho mérito. Por ello ,señala: "el arbitrio - al que vale aclarar puede ocurrir en cualquier instancia procesal -

por último, aseguraría la garantía de la defensa en juicio de la parte a la que pudiera perjudicar la eventual declaración “ex officio” pues, por esto último, no habría podido expresar defensa alguna al respecto.

Postura contraria al control de constitucionalidad de oficio.

Cabe adelantar, en principio, que esta postura ha quedado híbrida o más bien estéril, a la luz del criterio sentado en los precedentes del Tribunal Superior en “Mil de Pereyra” y recientemente en “Banco Comercial de Finanzas”, sin embargo y dada la reconocida trayectoria sus expositores, mencionare a algunos de ellos para darle mayor amplitud a la materia aquí en estudio.

Tanto **Palacio**, como **Bidegain**, y **Alonso**, por las razones dadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la doctrina sentada, centralmente, en fallos que van del año 1941 a 1986, sostienen, que está vedado a los jueces decidir la inconstitucionalidad de una norma cuando no madia petición de parte.

En cuanto al primero de ellos, al analizar las facultades de los jueces, sostiene que éstos reconocen dos limitaciones para declarar la inconstitucionalidad de oficio de las normas una es la referida a las leyes

nacionales y la otra en cuanto le cabe a los magistrados el deber de respetar las actos de los otros poderes del Estado que signifiquen por parte de éstos, el ejercicio de facultades privativas.

Por su lado, Bidegain, sólo admite excepciones que estarían circunscriptas cuando ”se trate de la tutela por parte de la Corte u otro tribunal de su propia jurisdicción y competencia, o de otras cuestiones que comprometan la autonomía funcional del poder judicial”, y, además, la posibilidad que ofrece el Art. 6º de la ley 23.098 “para declarar de oficio la inconstitucionalidad cuando la limitación de la libertad ambulatoria se lleva a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la constitución”

Por su parte, Alonso afirma que admitir el control de oficio importaría “exceder el marco de funciones del Poder Judicial en nuestro sistema de gobierno y de vida, pasando a ser una especie de veedores o consores de los tres poderes , y sembrar la total inseguridad jurídica” al que agrega que aceptar tal actitud jurisdiccional sería “violatoria de la Constitución Nacional la propuesta normativa provincial que admitiera la declaración oficiosa de inconstitucionalidad , por atentar contra el principio de tripartición y división de poderes del Estado”.

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A modo de mejor exposición de este capítulo, utilizaré el esquema desarrollado por el maestro Bianchi en su trabajo titulado "¿Se ha admitido finalmente el control constitucional de oficio?.

Dicho autor nos enseña que pueden señalarse tres períodos en torno a los pronunciamientos de la Corte relativo al ejercicio del control constitucional de oficio o a pedido de parte. Uno va desde la creación del Máximo Tribunal hasta 1941; otro desde 1941 hasta 1984; y una tercera etapa que va desde 1984 hasta el presente.

En el primer período, cabe señalar que la C.S.J.N. no sostuvo una tesis precisa o clara respecto a la cuestión, aunque existen algunos fallos que indican una tendencia a favorecer el control de oficio guiado por un criterio pragmático parecido al que ha mantenido la Corte norteamericana en la materia. Entre dichos fallos encontramos a los precedentes : "Caffarena c/ Banco Argentino del rosario de Santa Fe". Allí se admitió expresamente que está en la esencia del orden constitucional, que los Tribunales tengan, no solo la facultad, sino la obligación, de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución Nacional. Con posterioridad en autos caratulados "Casares c/ Sivori", la Corte confirmó un fallo en donde sin requerimiento de parte, el magistrado había ejercido el control de constitucionalidad de oficio, circunstancia ésta, que debe entenderse como respuesta afirmativa a ejercer dicho control. Conforme lo resuelto en "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo" el Tribunal ejerció el control

constitucional pese a que la demandada no lo había solicitado formalmente, quién se había limitado a efectuar un interpretación de la ley expropiatoria distinta a la sostenido por la actora expropiante. Es más, allí la C.S.J.N. dijo: “ es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a sus decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos. Tal atribución, que es, por otra parte, un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyentes y legislativo ordinario que hace la Constitución, y de la naturaleza esencialmente subordinada de éste último...” y con el mismo razonamiento sigue diciendo que “ Uno se sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales que este en oposición con ella, y la segunda, que: Los Tribunales y los Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución, como ley suprema de la Nación, la leyes que hayan

sancionado o sancionare el Congreso, los Tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias , las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes.....en el orden que va establecido" Ahora bien, también existen precedentes en sentido contrario, como ser el caso "Cabezas, García y Cia. de Tucumán" -en el que se encontraba controvertido la repetición de un impuesto provincial- el Tribunal Superior sostuvo: " los tribunales no tienen poder con iniciativa propia para revisar e invalidar leyes del Congreso sobre la base de ser ellas inconstitucionales" .

En el segundo período que va desde 1941 hasta 1984, la C.S.J.N., conforme dimana que numerosos fallos, estableció un principio basal fincado en que, por regla, el control de constitucionalidad no puede ser ejercido de oficio, y por excepción, sólo lo admite cuando se encuentra comprometida la independencia o resulte necesario preservar la integridad del Poder Judicial.

Ahora bien, dicho principio basal -como regla- apareció con el precedente "Ganadera Los Lagos c/ Gobierno Nacional". En dicha oportunidad, en el que el Máximo Tribunal analizó el alcance de un acto administrativo nulo, entendió "que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de poder, la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa de oficio los actos legistativos o los decretos de la

administración. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes, es indispensable que exista un pleito, una cuestión que proporcione a los componentes del poder judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional"...agregando y reforzando a su tesis argumental la autoridad de Cooley, señaló que: "es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados. Solo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegitimidad. Sin este freno el equilibrio de los tres poderes, condición esencial del gobierno organizado por la Constitución Nacional se habría roto por la absorción del poder judicial en desmedro de los otros dos". Dicha doctrina fue reiterada en numerosos fallos, aunque, como señalé anteriormente, existieron excepciones a dicho principio, como ser en la causa "Acosta"[22] en donde el máximo órgano de Justicia admitió el pedido de declaración de inconstitucionalidad interpuesto tardíamente. Pero la mayoría de las excepciones en que autorizaba el mencionado control, lo fue – reitero - fincado en defensa de su propia competencia o cuando ha visto comprometida la integridad, independencia o buen manejo del Poder Judicial.

En cuanto al último período, que va desde 1984 hasta el presente, la tesis prohibitiva del control de oficio se mantuvo, pero con disidencias de los Dres: Carlos S. Fayt y Augusto Belluscio, al que luego se sumará el juez Antonio Boggiano , votos que aquí resultan sustanciales para comprender cómo desde allí en adelante la jurisprudencia ha sido poco pacífica y que tuvo sus frutos recién en el caso "Mil de Pereyra", aunque con posiciones claramente divididas, hasta llegar al voto mayoritario de la actual composición de la Corte en sentido favorable al control de constitucionalidad de oficio, en autos "Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra".

La disidencia de los magistrados Fayt y Belluscio ocurrió que el "Juzgado de Instrucción Militar Nº 50 de Rosario"- por sus votos y luego de discrepar con los fundamentos expuestos por la mayoría en "Ganadera Los Lagos", sostuvieron que "es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de la leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución. Mas de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente –trasuntando el antiguo adagio iura novit curia – incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art.

31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas , la de mayor rango, vale decir, la constitucional, y desechando la de rango inferior" al que además, agregan que "De dicha disposición constitucional deriva la... facultad que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes". Agregaron además, que "no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes en favor del Judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y si cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos, o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debiese también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso".

Tal disidencia fue mantenida por ambos magistrados en "Tumini".

A su turno en "Peyrú", el voto de la mayoría se inclinó por la tesis negativa del control de constitucionalidad aferrada a un rigorismo formal y aún cuando en reiteradas oportunidades el mismo Tribunal había declarado que

la norma en cuestión, art. 10 de la ley 21.898 – era violatoria de la Ley Fundamental. Empero, en esta causa también contó nuevamente con la disidencia de los Dres. Belluscio y Fayt; y el voto mayoritario lo fue con los mismos fundamentos contenidos en "Ganadera Los Lagos" al que cabe agregar a dicho decisorio lo sostenido aquí por el Dr. Fayt – una vez más a favor del control de oficio- en cuanto sostiene que "lo erróneo es suponer que esta exigencia de un caso judicial concreto debe limitar la facultad de los jueces de hallar para las causas sometidas a su conocimiento el encuadre normativo correcto al margen de los argumentos de las partes. Tal facultad, generalmente reconocida bajo la expresión iura novit curia, no cabe que se limite cuando está en juego nada menos que la norma más alta del sistema, la Constitución Nacional".

Con posterioridad a estos precedentes, la Corte no ha variado su postura, aunque cabe aclarar que a la postura minoritaria de los mencionados magistrados se le sumó el voto del juez Antonio Boggiano, cuya opinión se encuentra reflejada en su disidencia de Fallos: 321:993, 1003, 1058 y 1063/4. Y la disidencia de los tres magistrados a favor del control de constitucionalidad de oficio queda materializada en Fallos: 323:1421 y 1432.

Finalmente, en el precedente "Mil de Pereyra c/ Provincia de Corrientes" los jueces Fayt, Belluscio, Boggiano y Vázquez favorecen el control de oficio y los magistrados Lopez como Bossert, aprueban la tesis positiva de control, pero sujeto a una condición: que se haya resguardado

suficientemente el derecho de defensa en juicio de la parte que se viera afectada por dicha actividad jurisdiccional de control. Y por la negativa y sosteniendo los fundamentos expuesto por la mayoría en Ganadera Los Lagos, se pronunciaron los Dres: Nazareno, Moliné O´ Connor y Petracchi. A ello, cabe agregar que por el voto de la mayoría en la composición actual de la C.S.J.N., y recientemente, en la causa “Banco Comercial de Finanzas S.A.” Ratificaron la disidencia de los Dres. Fayt y Belluscio sentada en Fallos: 306: 303, considerando 4º ya referida supra, por lo que en la actualidad ya no cabe duda alguna que, en el marco del control de constitucional difuso que rige en nuestro sistema de derecho, los jueces se encuentran facultados para proceder a dicho acto jurisdiccional de naturaleza compleja y delicada, cual es declarar la invalidez de una norma, en un caso sometido a su decisión, en el orden a que la misma resulte contraria a la norma superior, la Constitución Nacional.

CAPITULO IV

Conclusión

A modo de cierre, reafirmamos la idea que hemos ido esbozando a lo largo de este trabajo, es decir, la importancia del control de constitucionalidad. Por esta razón nos remontamos a sus primeras manifestaciones, tanto en el desarrollo de la historia política, como en la variación jurisprudencial a lo largo del tiempo. Además, analizamos las posturas e incidencia de diversos doctrinarios que sentaron las bases de sustento del instituto de control de constitucionalidad.

En fin, el propósito de este trabajo radicó en desentrañar las causas que propiciaron que el desempeño de este instituto se ejerciera en la orbita del poder judicial como competencia de los jueces, en vez, de ser facultad de otros organismos.

En síntesis, creemos haber sido fieles a los objetivos que nos propusimos, a la hora de analizar como se adoptó este instituto de control de constitucionalidad en nuestro país. Y a la vez, dilucidar a que se debió la introducción de un sistema de control de constitucionalidad difuso.

Bibliografía

Kelsen, Hans 1890. "Teoría pura del derecho. Introducción a la Ciencia Jurídica". Editorial EUDEVA.

Bianchi, Alberto B. 1992. "El control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucional". Editorial ABACO.

Gelli, María Angélica 2006. "Constitución de la Nación Argentina". Editorial LA LEY.

Bidart Campos, Germán 1995 "El derecho de la constitución y su fuerza normativa". Editorial EDIAR.

Bidart Campos, Germán 2004."Tratado elemental de derecho constitucional". Tomo II- B Editorial EDIAR.

Bidart Campos Germán J. 1999. "Manual de la Constitución Argentina", Edirorial EDIAR.

GIL Dominguez, Andrés. "El caso Fayt: Una polémica bisagra en los alcances del control de constitucionalidad de la reforma constitucional"

Sabsay, Daniek Alberto. "El control de constitucionalidad de la reforma en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina". Anuario Iberoamericano de la Justicia Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales y políticos de Madrid.

Ibarlucía, Emilio. "Control Judicial de la validez de una cláusula constitucional".

Ekmekdjian, Miguel Angel 1999. "El control de constitucionalidad de la reforma constitucional". Editorial LA LEY.

Ekmekdkian, Miguel Ángel 1995. "Tratado de Derecho Constitucional", Editorial Depalma

Linares Quintana, Segundo V. "¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional?". Editorial LA LEY.

Sagués, Nestor Pedro 2003 ."Elementos de Derecho Constitucional". Editorial ASTREA.

Quiroga Lavié, Humberto 2003. "Constitución de la Nación Argentina comentada". Editorial ZAVALIA.

Marshall, John, en el caso "Marbury v. Madison", SCEstados Unidos, 1803/02/04, publicado por La Ley "Suplementos Universitarios",

Colautti, Carlos E., "Antecedentes de la Constitución Nacional", Editorial Abeledo Perrot.

Russo, Eduardo Angel 1996. "Teoría General del Derecho", Editorial Abeledo Perrot

Fayt Carlos S., "Supremacía Constitucionalidad e independencia de los Jueces".

Vanosi, Jorge Reinado A., "Teoría Constitucional", Tomo II, Editorial. Depalma, Buenos Aires.

Jiménez Eduardo Pablo "Derecho Constitucional Argentino", Tomo I .

APENDICE

MARBURY v. MADISON

(1803)

Antes de transcribir la opinión de la Corte, el relator sintetizó brevemente

los antecedentes del caso, del siguiente modo:

"En el último período, esto es, diciembre de 1801, William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper, a través de su abogado Charles Lee ex ministro de Justicia de los EE.UU. solicitaron al Tribunal que ordenara a James Madison manifestar las causas por las cuales la Corte debería abstenerse de exigirle la entrega de los nombramientos a los demandantes donde se los designaba jueces de paz del Distrito de Columbia. Esta petición fue apoyada en testimonios (incluyendo uno del hermano de John Marshall – James -) de los siguientes hechos: Que el señor Madison estaba enterado de esta petición y que el señor Adams, ex presidente de los EE.UU., elevó al Senado las nominaciones de los candidatos para ser designados en tales cargos; que el Senado aconsejó y consintió estas designaciones; que las correspondientes designaciones formales nombrándolos jueces fueron firmadas por el presidente y, finalmente, que el sello de los EE.UU. estaba puesto en debida forma en tales designaciones por el entonces secretario de Estado (John Marshall); que los solicitantes habían pedido al señor Madison les entregara tales nombramientos con resultado negativo y que dichas designaciones les fueran retenidas.

Sobre estas bases, fue emitida una orden para que el secretario de Estado “diera cuenta de las causas que motivaron su conducta".

Posteriormente, el 24 de febrero de 1803, la Corte emitió la siguiente opinión conducida por el voto del presidente John Marshall:

"Durante el último período la Corte expidió una orden para que el Secretario de Estado exhibiera los motivos por los cuales se le denegaba a William Marbury la entrega de su designación como juez de paz del Condado de Washington, Distrito de Columbia. No se han dado razones de tal proceder y, ahora, la petición se dirige a obtener de la Corte un mandamiento que haga efectiva la entrega de dichos nombramientos.

Lo particularmente delicado de este caso, la novedad de algunas de sus circunstancias, y la verdadera dificultad que encierran los puntos contenidos en el mismo, requieren una exposición completa de los fundamentos que sostienen la opinión que dará esta Corte.

Según el orden seguido en el análisis del caso, la Corte ha considerado y decidido las siguientes cuestiones:

1) ¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda?,

2) Si lo tiene, y si ese derecho ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a
esa violación?

3) Si lo proveen, ¿es dicho remedio un mandamiento que corresponda a esta Corte emitir?

La primera cuestión es: ¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda?

Es decididamente la opinión de esta Corte que, cuando un nombramiento ha sido firmado por el presidente la designación debe considerarse hecha; y que la misma es completa cuando tiene el sello de los EE.UU. puesto por el secretario de Estado.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que su nombramiento fue firmado por el presidente y sellado por el secretario de Estado, el señor William Marbury está designado; y como la ley que crea el cargo dio al funcionario (Marbury) el derecho de ejercerlo por cinco años, en forma independiente del Ejecutivo, el nombramiento es irrevocable por conferir al funcionario designado derechos legítimos que están protegidos por las leyes de su país.

La retención de su nombramiento, es por lo tanto, un acto que la Corte considera no respaldado por la ley y por ello violatorio de legítimos derechos adquiridos.

Esto nos conduce a la segunda cuestión: Si el derecho existe y ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a esa violación?

La esencia misma de la libertad civil consiste, ciertamente, en el derecho de todo individuo a reclamar la protección de las leyes cuando ha sido objeto de un daño.

Uno de los principales deberes de un gobierno es proveer esta protección.

El gobierno de los EE.UU. ha sido enfáticamente llamado un gobierno de leyes y no de hombres. Tal gobierno, ciertamente, dejaría de merecer ese alto calificativo si las leyes no brindaran modos de reparar la violación de un derecho legítimamente adquirido.

Si tal cosa fuera a suceder en la jurisprudencia de nuestro país, ello sólo podría deberse a las especiales características del caso.

Nos corresponde, por lo tanto, preguntarnos si existe en este caso algún

ingrediente que lo exima de investigaciones o que prive a la parte perjudicada de reparación legal. ¿Está dicho elemento presente en el caso? ¿Constituye – el acto de entregar o retener una designación escrita un mero acto político reservado al Departamento Ejecutivo para cuyo cumplimiento nuestra Constitución ha depositado la total confianza en el Ejecutivo supremo, de modo que cualquier conducta desajustada a su respecto no tenga prevista la consecuente reparación para el caso que dañe a un individuo?

Sin duda, tales casos pueden existir. Pero que cada deber asignado a algunos de los grandes departamentos del Poder Ejecutivo constituya uno de estos casos es, sin duda, inadmisible.

De ello se sigue, por lo tanto, que el examen de la legalidad de los actos de los titula de las reparticiones dependientes del Ejecutivo, depende, en cada caso, de la naturaleza del acto.

Por la Constitución de los EE.UU., el presidente está investido de algunos importantes poderes políticos cuyo ejercicio está librado a su exclusivo arbitrio, y por el cual es sólo responsable ante el pueblo, desde el punto de vista político, y ante su propia conciencia.

Para colaborar con él en el cumplimiento de sus funciones, puede designar funcionarios que actúen bajo su autoridad y de conformidad con sus órdenes. En estos casos, los actos de los funcionarios son los actos del presidente, y sea cual fuere la opinión que pueda merecer el modo en que el Ejecutivo utiliza sus poderes discrecionales, no existe ni puede existir poder alguno que los controle. Las materias son políticas, atañen a la Nación, no a derechos individuales, y habiendo sido confiadas al Ejecutivo, la decisión del Ejecutivo es terminante.

Lo dicho está claramente ejemplificado en la creación legislativa del Ministerio de Relaciones Exteriores. El ministro de Relaciones Exteriores debe desempeñarse, desde que su función es creación legislativa, precisamente de conformidad con la voluntad del presidente. Es meramente el órgano a través del cual se transmite la voluntad del presidente. Los actos de ese funcionario, en su calidad de tal, no pueden ser nunca examinados por los tribunales.

Pero cuando el Congreso impone a ese funcionario otras obligaciones; cuando se le encomienda por ley llevar a cabo ciertos actos; cuando los derechos de los individuos dependen del cumplimiento de tales actos, ese funcionario deja de ser funcionario del presidente para convertirse en funcionario de la ley; es responsable ante las leyes por su conducta y no

puede desconocer a su discreción los derechos adquiridos de otros.

La conclusión de este razonamiento es que cuando los titulares de los departamentos actúan corno agentes políticos o confidenciales del Ejecutivo y no hacen más que poner en práctica la voluntad del presidente, en aquellos casos en que éste posee poderes discrecionales legal o constitucionalmente conferidos, nada puede resultar más claro que el control de tales actos sólo puedo ser político. Pero cuando se les asigna por ley una obligación determinada de cuyo cumplimiento depende la vigencia de derechos individuales, parece igualmente claro que todo aquel que se considere perjudicado por el incumplimiento de tal clase de obligaciones tiene derecho a recurrir a las leyes de su país para obtener una reparación. Es por lo tanto la opinión de esta Corte que Marbury tiene derecho a su nombramiento y que la negativa a entregárselo constituye una clara violación de ese derecho frente a la cual las leyes de su país brindan un remedio.

Resta considerar ¿le corresponde el remedio que solicita? Ello depende de: a) la naturaleza de la medida que solicita, y b) el poder de esta Corte.

Si la medida solicitada fuera concedida, debería dirigirse a un funcionario del gobierno, y el contenido de la misma consistiría, usando las palabras de Blackstone, en “una orden de hacer algo en particular allí especificado, que

atañe a su cargo y deberes y que la Corte ha determinado previamente, o al menos, supuesto, que es correcto y ajustado a derecho". 0 bien, en las palabras de Lord Mansfield, el solicitante, en este caso, tiene "un derecho a ejecutar un cargo de interés público, y es privado de la posesión de ese derecho". Estas circunstancias ciertamente se dan en este caso.

Pero para que el mandamiento - la medida solicitada - surta los efectos deseados, debe ser enviada a un funcionario al cual pueda serle dirigida, sobre la base de los principios legales; y la persona solicitante de la medida debe carecer de otro recurso legal específico.

Respecto del funcionario al cual se dirigiría la medida, la íntima relación política que existe entre el presidente de los EE.UU. y los titulares de los ministerios hace particularmente fastidiosa y delicada cualquier investigación legal de sus actos, y hasta puede dudarse de que corresponda llevar a cabo tales investigaciones. Es común que la gente en general no reflexione ni examine a fondo las impresiones que recibe y, desde tal punto de vista, no sería conveniente que en un caso como éste se interprete la atención judicial del reclamo de un particular como una forma de intromisión en la esfera de prerrogativas exclusivas del Poder Ejecutivo.

No es necesario que la Corte renuncie a toda su jurisdicción sobre tales

asuntos. Nadie sostendría tan absurda y excesiva extravagancia ni por un momento. La competencia de la Corte consiste, únicamente, en decidir acerca de los derechos de los individuos y no en controlar el cumplimiento de los poderes discrecionales del presidente o sus ministros, Los asuntos, que por su naturaleza política o por disposición constitucional o legal, están reservados a la decisión del Ejecutivo, no pueden estar sometidos a la opinión de la Corte.

Pero si no se tratara de un asunto de tal naturaleza; si, lejos de constituir una intrusión en los asuntos propios del gabinete, estuviera únicamente vinculado con un papel cuya obtención la ley permite sólo a condición del pago de 10 centavos; si ello no supusiese intromisión alguna en materias sobre las cuales se considera al Ejecutivo como no sujeto a control alguno; ¿qué habría en la alta condición del funcionario que impidiera a un ciudadano reclamar sus derechos ante un tribunal de justicia, o que prohibiera a éste atender el reclamo, o expedir una orden mandando el cumplimiento de una obligación no dependiente de los poderes discrecionales del Ejecutivo, sino de actos particulares del Congreso y de los principios generales del derecho?

Si uno de los titulares de los departamentos de Estado comete un acto ilegal amparándose en su cargo, dando lugar a un reclamo de un ciudadano

afectado, no puede sostenerse que su cargo, por sí solo, lo exima de ser juzgado por el procedimiento ordinario y obligado a obedecer el juicio de la ley. ¿Cómo podría entonces su cargo exceptuarlo de la aplicación de este modo particular de decidir acerca de la legalidad de su conducta si el caso no reviste diferencia alguna con cualquier otro en el cual un individuo común sería procesado?

No es por el cargo que tenga la persona sino por la naturaleza de aquello que se le ordene hacer que se juzgará la pertinencia del mandamiento. Cuando un ministro actúa en un caso en que se ejercen los poderes discrecionales del Ejecutivo y donde el funcionario actúa como mero órgano de la voluntad del presidente, correspondería rechazar sin la menor duda todo pedido a la Corte para que ejerza un control de tal conducta a cualquier respecto. Pero cuando la conducta del funcionario es encomendada por la ley, de modo tal que su cumplimiento o incumplimiento afecte los derechos absolutos de los individuos, la cual no se encuentra bajo la dirección del presidente y no puede presumirse que éste la haya prohibido, como por ejemplo registrar un nombramiento o un título de propiedad que ha cumplido todas las formalidades de la ley, o entregar una copia de tales registros; En esos casos, no se advierte sobre qué bases los tribunales de la Nación podrán estar menos obligados a dictar sentencia que si se tratara de funciones atribuidas a otro individuo que no fuese ministro.

Éste, por lo tanto, es un claro caso en el que corresponde emitir un mandamiento, sea de entrega de la designación o de una copia de la misma extraída de los registros correspondientes, quedando entonces, por resolver, una sola cuestión: ¿puede la Corte emitir ese mandamiento?

La ley por la que se establecen los tribunales judiciales en los EE.UU. autoriza a la Corte Suprema a emitir mandamientos, en casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier tribunal o persona designado en su oficio bajo la autoridad de los EE.UU.

Siendo el secretario de Estado un funcionario bajo la autoridad del gobierno de los EE.UU., se encuentra precisamente comprendido en las previsiones de la ley precitada; y si esta Corte no está autorizada a emitir una orden de ejecución a tal funcionario, sólo puede ser a causa de la inconstitucionalidad de la ley, incapaz por ello, de conferir la autoridad y de asignar las obligaciones que sus palabras parecen conferir y asignar. La Constitución deposita la totalidad del Poder Judicial de los EE.UU. en una Corte Suprema y en tantos tribunales inferiores como el Congreso establezca en el transcurso del tiempo. Este poder sea extiende expresamente al conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por las leyes de los EE.UU. y, consecuentemente, de algún modo puede extenderse

al presente, caso ya que el derecho invocado deriva de una ley de los EE.UU. Al distribuir este poder la Constitución dice: 'En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación”

El texto completo de la sección 13 de la ley de organización de la justicia de 1789 (Judiciary Act of 1789):

"y promúlguese, que la Corte Suprema tendrá jurisdicción exclusiva en todas las controversias de naturaleza civil en las que un estado fuere parte, salvo entre un estado y sus ciudadanos; Y salvo también entre un estado y ciudadanos de otros estados o extranjeros, en cuyo caso tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva. Ejercerá también jurisdicción exclusiva en todo juicio o procedimiento contra embajadores, u otros ministros públicos, miembros de su familia o sus empleados domésticos, siempre que pueda intervenir como tribunal de justicia conforme al derecho internacional; y tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva en todas aquellas causas, u otros ministros públicos, o aquellas en las que un cónsul, o vicecónsul, fuere parte. El juzgamiento de cuestiones de hecho ante la Corte Suprema en todas las causas contra ciudadanos de los EE.UU. se llevará a cabo por

jurados. La Corte Suprema también tendrá jurisdicción por apelación de los tribunales de circuito y las cortes de los estados, y en los casos específicamente mencionados aquí; y tendrán el poder de mandar órdenes a los tribunales de almirantazgo, y mandamientos, en casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier tribunal o persona designado en su oficio bajo la autoridad de los EE. UU.

El texto completo del art. 3º de la Constitución de los EE.UU. es el siguiente:

Sección I. El Poder Judicial de los EE.UU. será atribuido a una Corte Suprema y a tantos tribunales inferiores como el Congreso decidiera autorizar y establecer. Los jueces, tanto de la Corte Suprema como de los tribunales inferiores, conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán, en plazos fijos, una compensación por sus servicios que no podrá ser disminuida mientras permanecieron en sus funciones.

Sección II. Corresponde al Poder Judicial aplicar el derecho positivo y los principios de justicia, en todas las causas que versaren sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de los EE.UU., y por los tratados hechos o que fueren hechos bajo su autoridad; de todas las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte, de las

causas que se susciten entre dos o más estados; entre un estado y los vecinos de otro; entre los vecinos de diferentes estados; y ente ciudadanos del mismo estado que demandaren tierras concedidas por diferentes estados; y entre una provincia, o sus vecinos, contra un estado o ciudadano extranjero.

En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso".

Se ha sostenido ante el Tribunal que, como el otorgamiento constitucional de jurisdicción a la Corte Suprema y a los tribunales ordinarios es general, y la cláusula que asigna las causas de jurisdicción originaria a la Corte Suprema no contiene expresiones negativas o restrictivas, el Poder Legislativo mantiene la facultad de atribuir competencia originaria a la Corte en otros casos que los precedentemente indicados, tomando en cuenta que tales casos pertenecen al Poder Judicial de los Estados Unidos.

Si se hubiera querido dejar librado a la discreción del Poder Legislativo la

posibilidad de distribuir el Poder Judicial entre la Corte Suprema y los tribunales inferiores, habría sido ciertamente inútil hacer otra cosa que definir el ámbito de competencia del Poder Judicial en general, mencionando los tribunales a los que corresponde ejercerlo. Si ésta es la interpretación correcta, el resto de la norma constitucional carece de sentido.

Si el Congreso tiene la libertad de asignar a esta Corte competencia por apelación en casos en los que la Constitución le asigna competencia originaria y fijarle competencia originaria en los casos en que le corresponde ejercerla por apelación, la distribución hecha en la Constitución es forma carente de contenido.

Las palabras afirmativas son, a menudo en su operatividad, negatorias de otros objetos que los prescriptos, y en este caso debe asignárselas ese sentido so pena de privarías de sentido en absoluto. No puede presumiese que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto, y, por lo tanto, la interpretación contraria es inadmisible salvo que el texto expreso de la Constitución así lo manifieste. Cuando un instrumento legal organiza las bases fundamentales de un sistema judicial dividiéndolo en una Corte Suprema y en tantas inferiores como el Congreso decida, enumerando sus poderes y distribuyéndolos mediante la delimitación de los casos en los que la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria y aquellos en que la

ejercerá por vía de apelación, el sentido evidente de las palabras parece ser que en una clase de casos la competencia será originaria y no en los demás. Si cualquier otra interpretación convirtiera en inoperante dicha cláusula, tendríamos allí una razón adicional para rechazarla y para adherir al sentido obvio de las palabras. Luego, para que esta Corte esté en condiciones de emitir una orden de ejecución como la que se pide, debe demostrarse que se trata de un caso de competencia por apelación.

Se ha dicho en el Tribunal que la jurisdicción apelada puede ejercerse de diversos modos y que siendo la voluntad del Congreso que un mandamiento pueda ser emitido en el ejercicio de la jurisdicción apelada (ver ley de organización judicial de los EE.UU. de 1789), dicha voluntad debe ser obedecida. Esto es cierto, pero no obstante ello, la jurisdicción debe ser apelado y no originario.

Es el criterio esencial de la jurisdicción por apelación, que ella abarca tópicos previamente determinados y no crea otros nuevos. Por ello, aunque es posible emitir un mandamiento a los tribunales inferiores, hacerlo respecto de un funcionario para que entregue un documento es lo mismo que intentar una acción originaria para la obtención de dicho documento, y por ello, no parece pertenecer a la jurisdicción apelada sino a la originaria: Tampoco es necesario, en este caso, capacitar a la Corte para que ejerza su

competencia por vía de apelación. Por lo tanto, la autoridad otorgada a la Corte Suprema por la ley de organización judicial de los EE. UU. para emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos, no parece estar respaldada en la Constitución, y hasta se hace necesario preguntarse si una competencia así conferida puede ser ejercida.

La pregunta acerca de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en ley vigente del país es profundamente interesante para los EE.UU. pero, felizmente, no tan complicada como interesante. Para decidir esta cuestión parece necesario tan sólo reconocer ciertos principios que se suponen establecidos como resultado de una prolongada y serena elaboración. Todas las instituciones fundamentales del país se basan en la creencia de que el pueblo tiene el derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho supone un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser repetido con mucha frecuencia. Los principios así establecidos son considerados fundamentales. Y desde que la autoridad de la cual proceden es suprema, y puede raramente manifestarse, están destinados a ser permanentes. Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede hacer sólo esto, o bien fijar, además, límites que no podrán ser transpuestos por tales poderes.

El gobierno de los EE.UU. es de esta última clase. Los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. ¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación?

Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida.

Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia.

Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? 0 bien, en otras palabras, no siendo ley, constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él. Sin embargo la cuestión merece recibir un atento tratamiento.

Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución

y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.

Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Congreso actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción.

Reducir de esta manera a la nada lo que hemos considerado el más grande de los logros en materia de instituciones políticas - una constitución escrita sería por sí mismo suficiente en América, donde las constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar la tesis. Pero las manifestaciones particulares que contiene la Constitución de los EE.UU. construyen un andamiaje de argumentos adicionales en favor del rechazo de esta interpretación.

El Poder Judicial de los EE.UU. entiende en todos los casos que versen sobre puntos regidos por la Constitución.

¿Pudo, acaso, haber sido la intención de quienes concedieron este poder, afirmar que al usar la Constitución, no debería atenderse a su contenido? ¿Que un caso regido por la Constitución debiera decidirse sin examinar el instrumento que lo rige?

Esto es demasiado extravagante para ser sostenido. En ciertos casos, la Constitución debe ser interpretada y analizado su contenido por parte de los jueces.

Y si de este modo los jueces pueden abrir y examinar la totalidad de la Constitución ¿qué parte de ella les está prohibido leer u obedecer?

Hay muchas otras partes de la Constitución que ilustran esta materia. Dice la Constitución que: 'ningún impuesto o carga se impondrá sobre artículos exportados desde cualquiera de los estados'. Supongamos una carga impuesta sobre la exportación de algodón, o tabaco o harina, y supongamos que se promueve una acción judicial destinada a exigir la devolución de lo pagado en virtud de dicha carga.

¿Debe darse un pronunciamiento judicial en tal caso? ¿Deben los jueces cerrar los ojos a la Constitución y ver sólo la ley?

La Constitución prescribe que: 'No se sancionarán leyes conteniendo condenas penales individualizadas ni leyes retroactivas'.

Si, no obstante, tales leyes son sancionadas y una persona es procesada bajo tales leyes ¿debe la Corte condenar a muerte a esas víctimas a quienes la Constitución manda proteger?

Dice la Constitución: 'Ninguna persona será procesada por traición salvo mediante el testimonio de dos testigos sobre el mismo acto o mediante su confesión pública ante un tribunal de justicia'.

En este caso, el lenguaje de la Constitución está especialmente dirigido a los tribunales. Les prescribe directamente una regla de prueba de la que no pueden apartarse.

Si la Legislatura modificara esa norma y permitiera la declaración de un solo testigo o la confesión fuera de un tribunal de justicia como requisitos suficientes de prueba, ¿debería la norma constitucional ceder frente a esa ley?

Mediante estos y muchos otros artículos que podrían seleccionarse es claro que los constituyentes elaboraron ese instrumento como una regla obligatoria tanto para los tribunales como para la Legislatura.

¿Por qué motivo, si no, prescribe a los jueces jurar su cumplimiento? Este juramento apela, ciertamente, a su conducta en el desempeño de su cargo de carácter oficial.

¡Qué inmoralidad sería imponérselos, si ellos [los jueces] fueran a ser usados como instrumentos y como instrumentos conscientes de la violación de lo que juran respetar!

El juramento del cargo judicial impuesto por el Congreso, es también

completamente ilustrativo de la opinión legislativa sobre esta cuestión.

Este juramento dice: “juro solemnemente que administraré justicia sin importar las personas y haré justicia igualmente al pobre como al rico; y que desempeñaré leal e imparcialmente todas las obligaciones atinentes a mi cargo como..., de acuerdo a mis mejores capacidades y comprensión, conforme con la Constitución y las leyes de los EE.UU.”

¿Por qué motivo jura un juez desempeñar sus deberes de acuerdo con la Constitución de los EE.UU. si esa Constitución no fuera una norma obligatoria para su gobierno? ¿Si estuviera cerrada sobre él y no pudiera ser inspeccionada por él?

Si fuera ése el estado real de las cosas, constituiría algo peor que una solemne burla.

Pero además de ello, imponer, tanto como jurar en esos términos sería una hipocresía.

No es tampoco inútil observar que, al declarar cuál será la ley suprema del país, la Constitución en sí misma es mencionada en primer lugar; y no todas las leyes de los EE.UU. tienen esta calidad, sino sólo aquellas que se hagan

de conformidad con la Constitución.

De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los EE.UU. confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento. Por ello, se rechaza la petición del demandante. Cúmplase".

“Banco Comercial de Finanzas s/ Quiebra”

(CSJN, 19 de agosto de 2004)

(Resumen)

Antecedentes del caso:

La Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, declaró de oficio (esto es, sin petición de parte) la inconstitucionalidad del Decreto nacional nº 2075/93, reglamentario de la ley 21.526.

Llegado el caso a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ésta dejó sin efecto aquella declaración de inconstitucionalidad, señaló la validez del Decreto 2075/93 y declaró que la acreencia que tenía en la quiebra del Banco Comercial de Finanzas el Banco Central de la República Argentina, originada en el canje de imposiciones

para Bonex (bonos externos del Estado nacional), con posterior a la liquidación, quedaba comprendida en la preferencia establecida en el art. 264 de la Ley de Quiebras.

Como fundamento, la Corte Provincial expresó que *"los jueces en resguardo del principio de división de poderes, no podían declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, ya que tal impugnación debía ser alegada y probada en juicio… (lo que) no sucedió en autos."*

Cabe señalar que la Corte Provincial pasó por alto que en Fallos, 320:1386, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya había declarado inconstitucional dicho decreto, de modo que la declaración de oficio de la Cámara carecía de relevancia.

El resultado de este decisorio fue que restablecida la aptitud reglamentaria del Decreto 2075/93, debía aplicarse su art. 1º que determina que los gastos y adelantos de cualquier naturaleza efectuados por el Banco Central después de la liquidación de bienes, deben entenderse como gastos del concurso y, por lo tanto, tienen la preferencia que les otorga el art. 264 de la ley de Quiebras.

La entidad en liquidación interpuso el recurso extraordinario que le fue denegado, razón por la cual llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía de la queja (o recurso directo).

La Corte nacional acogió el recurso a favor del Banco Comercial de Finanzas en fallo unánime (aunque con fundamentos propios el del Ministro Enrique S. Petracchi) dejando sin efecto el fallo de la Corte provincial.

Trascendencia del fallo:

Nuestro máximo Tribunal exalta la potestad de los tribunales de justicia para suplir el derecho que las partes de un pleito no invocan o que invocan de manera errónea *(iura novit curia)* a fin de mantener la supremacía de la Constitución nacional, aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior. (doctrina ya expresada en Fallos, 306:303 por el voto de los ministros Fayt y Belluscio).

Fundamentos del fallo:

1. "Es elemental, en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ellas (doctrina ya sostenida en Fallos, 311:2478, entre muchos otros)"
2. No se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, la presunción de validez de los actos estatales, porque dicha presunción cede cuando es contraria a una norma de jerarquía superior, como

ocurre en el caso, cuando un decreto se opone a una ley de la Nación.

Mill de Pereyra c/Pcia. De Corrientes

Buenos Aires, 27 de septiembre de 2001.

Vistos los autos: "Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa".

Considerando:

1°) Que contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes que hizo lugar a la demanda promo-vida por jueces que reclamaron el cumplimiento de la garantía de la intangibilidad de sus remuneraciones, la vencida inter-puso el recurso extraordinario que fue parcialmente concedi-do. Con relación a los aspectos denegados, dedujo el perti-nente recurso de queja que corre agregado a la presente.

2°) Que para así decidir sostuvo que "en virtud del paulatino deterioro operado en el valor adquisitivo de los importes nominales de los haberes", que deriva "del proceso inflacionario que afectara nuestro signo monetario" y que genera "la disminución de sus valores reales", se vio frus-trada "la garantía de la intagibilidad a su respecto". Asi-mismo, rechazó la defensa de prescripción que articuló la demandada con fundamento en el art. 4032 del Código Civil y, por último, sin que mediara pedido de parte, declaró la in-constitucionalidad de los arts. 7, 10 y 13 de la ley 23.928, de convertibilidad del austral, y de la ley 4558, de consoli-dación de la deuda pública provincial.

3°) Que el recurrente sostiene, en síntesis, que: a) no surge de autos que el Estado provincial haya incurrido en incumplimiento de la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones que ampara a los actores sino que, por el con-trario, el gobierno de la provincia efectuó importantes re-composiciones salariales a los magistrados, mejoras que fue-ron muy superiores a las de otros sectores del empleo públi-co; b) no resulta aplicable al caso el plazo de prescripción establecido por el art. 4027 del Código Civil sino el del art. 4032; c) la declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.928 y 4558 ‑decretada de oficio‑ viola el principio de congruencia y el de la defensa en juicio; y d) estas leyes no son violatorias de ninguno de los derechos consagrados en la Constitución Nacional o provincial y, dictadas con funda-mento en el ejercicio del poder de policía

de emergencia del Estado, procuran asegurar la supremacía del interés general y eliminar la inflación que produce la corrección por índices del valor monetario.

4°) Que deben desestimarse los agravios del apelan-te en cuanto atribuyen arbitrariedad a lo decidido en cuanto consideró que los reajustes practicados en las remuneraciones percibidas entre enero de 1984 y abril de 1988 fueron insufi-cientes para mantener la garantía de intangibilidad de la remuneración de los jueces demandantes y aplicable el plazo de cinco años de prescripción, pues remiten al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia extraordinaria del art. 14 de la ley 48 máxime cuando, como sucede en el caso, la sentencia cuenta con fundamentos suficientes que la colo-can al abrigo de la tacha de arbitrariedad.

5°) Que igual suerte corre la queja dirigida a cuestionar la invalidación de la ley provincial 4558 porque, según ha resuelto el Tribunal, la declaración de inconstitu-cionalidad de leyes locales no constituye cuestión federal que sustente el recurso extraordinario, ya que no existe re-solución favorable a la validez de la norma local cuestionada (Fallos: 295:797; 311:955 y sus citas).

6°) Que, en cambio, es formalmente procedente el recurso extraordinario pues se cuestiona la constitucionali-dad de la ley 23.928 y la decisión del superior tribunal de la causa es contraria a las peticiones del recurrente (art. 14, inc. 1° de la ley 48).

7°) Que el a quo, como se dijo, juzgó que la Pro-vincia de Corrientes incurrió en incumplimiento de la garan-tía de incolumidad de las remuneraciones de los magistrados. Sobre la base del art. 143 de la constitución local reproducción, casi exacta, del entonces art. 96 de la Constitución Nacional reputó aplicable al sub judice tanto éste como la doctrina elaborada por esta Corte en torno a él. Consideró, también, que la ley 23.928, en cuanto no admite la actualiza-ción monetaria a partir del 1° de abril de 1991, resulta in-constitucional por quebrantar aquella garantía.

8°) Que, en lo que aquí interesa, aquélla dispone que "en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deu-dor, con posterioridad al 1° del mes de abril de 1991" (art 7); deroga "todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualiza-ción monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos,

precios o tarifas de los bienes, obras o servicios" (art. 10) y declara que "la presente ley es de orden público" y que "ninguna persona pue-de alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos" (art. 13).

9°) Que, en primer lugar y en cuanto al agravio referente a la declaración de oficio de la inconstitucionali-dad, corresponde remitirse al voto de los jueces Fayt y Belluscio en el caso de Fallos: 306:303, donde se expresó que "no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes en favor del Judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de in-constitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos, o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menos-cabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso" (considerando 5°).

10) Que, sin embargo, el ejercicio de tal facultad en orden a la misión de mantener el imperio de la Constitución sólo puede considerarse autorizado en situaciones muy precisas.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que su existencia no importa desconocer que la invalidez constitu-cional de una norma sólo puede ser declarada cuando la viola-ción de aquélla sea de tal entidad que justifique la abroga-ción, en desmedro de la seguridad jurídica (Fallos: 306:303 citado, voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 19). La declaración de inconstitucionalidad es -según conoci-da doctrina de este Tribunal- una de las más delicadas fun-ciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 247:121 y sus citas). Es por ello que con más rigor en este caso, la declaración de inconstitucionalidad sólo será proce-dente cuando no exista la posibilidad de una solución adecua-da del juicio por otras razones que las constitucionales com-prendidas en la causa (Fallos: 260:153, considerando 3° y sus citas).

En segundo término, debe ponderarse que su ejerci-cio no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de

rango infe-rior en pugna con la Constitución Nacional o de ésta, a efec-tos de resolver un conflicto contencioso en los términos del art. 2° de la ley 27 (doctrina de Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 4°).

De estos recaudos habrá de derivar necesariamente el carácter incidental de este tipo de declaración de incons-titucionalidad, en el sentido de que, por definición y al tratarse de una declaración oficiosa, no habrá sido solicita-da por las partes; de allí que sólo será necesaria para remo-ver un obstáculo -la norma inconstitucional- que se interpon-ga entre la decisión de la causa y la aplicación directa a ésta de la Ley Fundamental; dicho en otros términos, esa de-claración será el presupuesto para el progreso de otra pre-tensión (causa A.529.XXII. "Asociación Bancaria c/ Chubut, Provincia del", sentencia del 15 de junio de 1989) o, en su caso, defensa.

Y, finalmente, deberá tenerse presente que de acuerdo a la doctrina de este Tribunal, las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley, sólo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron y no tienen efecto derogatorio genérico (Fallos: 247:700; 248:702; 255:262; 264:364; 315: 276; 322:528 entre muchísimos otros).

11) Que, con relación al fondo del asunto, esta Corte ha interpretado reiteradamente que la intangibilidad de las retribuciones de los jueces es garantía de la independen-cia del Poder Judicial, de manera que cabe considerarla, jun-tamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado. Asimismo, ha sostenido que la garan-tía de irreductibilidad de los sueldos está conferida no para exclusivo beneficio personal o patrimonial de los magistrados sino para resguardar su función de equilibrio tripartito de los poderes del Estado, de modo que la vía abierta en esta causa no tiende tanto a defender un derecho de propiedad de los actores como particulares, y a título privado, sino la ya referida garantía de funcionamiento independiente del Poder Judicial, cuya perturbación la Ley Suprema ha querido evitar al consagrar rotundamente la incolumidad de las remuneracio-nes judiciales (Fallos: 315:2386).

12) Que igualmente, en Fallos: 176:73, el Tribunal dijo que la intangibilidad de la remuneración de los jueces ha sido establecida no por razón de la persona de los magis-trados, sino en mira de la institución del Poder Judicial, a la que los constituyentes han querido liberar de toda presión de parte de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia. Sustancialmente, en consecuencia, la intangi-bilidad de los sueldos no es estrictamente una garantía en favor de tales magistrados, sino un seguro de su independen-cia efectiva que beneficia a la misma sociedad en tanto

tien-de a preservar la estricta vigencia del estado de derecho y el sistema republicano de gobierno.

13) Que, por otra parte, debe tenerse presente que la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin, cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo al contenido de las demás; la inteli-gencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equili-brio del conjunto (Fallos: 296:432). En la búsqueda de esa armonía y equilibrio debe evitarse que las normas constitu-cionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se debe procurar dar a cada una el sentido que mejor las concierte y deje a todas con valor y efecto. Con estas pautas, no es vá-lido asignar ‑como lo hizo la corte local‑ a la garantía que consagra la intangibilidad de las remuneraciones de los ma-gistrados, una extensión tal que desconozca las facultades que el art. 75 inc. 11 de la Ley Fundamental confiere al Con-greso de la Nación para "hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras".

14) Que, en este orden de ideas, la ley 23.928 constituye una decisión clara y terminante del Congreso de la Nación de ejercer las funciones que le encomienda el art. 75, inc. 11, ya referido. Ante tal acto legislativo no sólo han quedado derogadas disposiciones legales sino que además deben ser

revisadas las soluciones de origen pretoriano que admitían el ajuste por depreciación, en cuanto, precisamente, se fundaron en la falta de decisiones legislativas destinadas a enfrentar el fenómeno de la inflación. De ahí que como esta Corte dijo en Fallos: 315:158 no puede mantenerse idéntico temperamento respecto de este punto con relación a períodos posteriores al 1° de abril de 1991.

Por ello y oído el señor Procurador General, se rechaza la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se revoca la sentencia. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corres-ponda, se dicte una nueva con arreglo a la presente. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión deba-tida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Intégrese el depósito. Archívese la queja. Notifíquese y remítase. JULIO S. NAZARENO (en disiden-cia parcial)- EDUARDO MOLINE O'CONNOR (en disidencia parcial)- CARLOS S. FAYT - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia parcial)- ANTONIO BOGGIANO (según su voto)- GUILLERMO A. F. LOPEZ (según su voto)- GUS-TAVO A. BOSSERT (según su voto)- ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (se-gún su voto).

ES COPIA

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON GUILLERMO A. F. LOPEZ Y DON GUSTAVO A. BOSSERT

Considerando:

Que los infrascriptos coinciden con los consideran-dos 1° a 8° del voto de la mayoría.

9°) Que en primer lugar, y en cuanto a la alegada violación del derecho de defensa que derivaría de no haberse oído previamente a las partes respecto de las normas invali-dadas por el a quo -sancionadas con ulterioridad a la traba de la litis-, lo cierto es que los litigantes han tenido su-ficiente oportunidad de ser oídos sobre el punto en el reme-dio federal y su escrito de contestación, lo que torna inofi-cioso pronunciarse esta Corte en la medida en que el derecho de defensa de las partes aparece debidamente resguardado con el procedimiento cumplido en esta instancia (conf. arg. Fa-llos: 311:1114).

10) Que, con relación al fondo del asunto, esta Corte ha interpretado reiteradamente que la intangibilidad de las retribuciones de los jueces es garantía de la independen-cia del Poder Judicial, de forma que cabe

considerarla, jun-tamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado. Asimismo, ha sostenido que la garan-tía de irreductibilidad de los sueldos está conferida no para exclusivo beneficio personal o patrimonial de los magistrados sino para resguardar su función de equilibrio tripartito de los poderes del Estado, de modo que la vía abierta en esta causa no tiende tanto a defender un derecho de propiedad de los actores como particulares, y a título privado, sino la ya referida garantía de funcionamiento independiente del Poder Judicial, cuya perturbación la Ley Suprema ha querido evitar al consagrar rotundamente la incolumidad de las remuneracio-nes judiciales (Fallos 315:2386).

11) Que igualmente, en Fallos 176:73, el Tribunal dijo que la intangibilidad de la remuneración de los jueces ha sido establecida no por razón de la persona de los magis-trados, sino en mira de la institución del Poder Judicial, a la que los constituyentes han querido liberar de toda presión de parte de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia. Sustancialmente, en consecuencia, la intangi-bilidad de los sueldos no es estrictamente una garantía en favor de tales magistrados, sino un seguro de su independen-cia efectiva que beneficia a la misma sociedad en tanto tien-de a preservar la estricta vigencia del estado de derecho y el sistema republicano de gobierno.

12) Que, por otra parte, debe tenerse presente que la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin, cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo al contenido de las demás; la inteli-gencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equili-brio del conjunto (Fallos 296:432). En la búsqueda de esa armonía y equilibrio debe evitarse que las normas constitu-cionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se debe procurar dar a cada una el sentido que mejor las concierte y deje a todas con valor y efecto. Bajo estas pautas, no es válido asignar como lo hizo la Corte local a la garantía que consagra la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados, una extensión tal que desconozca las facultades que el art. 75 inciso 11 de la Ley Fundamental confiere al Congreso de la Nación para "hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras".

13) Que, en este orden de ideas, la ley 23.928 constituye una decisión clara y terminante del Congreso de la Nación de ejercer las funciones que le encomienda el art. 75, inciso 11, ya referido. Ante tal acto legislativo no sólo han quedado derogadas disposiciones legales sino que además deben ser revisadas las soluciones de origen pretoriano que admi-tían el ajuste por depreciación, en cuanto, precisamente, se fundaron en la falta de decisiones legislativas destinadas a enfrentar el fenómeno de la inflación. De allí que

como esta Corte dijo en Fallos 315:158 - no puede mantenerse idéntico temperamento respecto de este punto con relación a períodos posteriores al 1° de abril de 1991.

Por ello, y oído el señor Procurador General se rechaza la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se revoca la sentencia. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corres-ponda, se dicte una nueva con arreglo a la presente. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión deba-tida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Intégrese el depósito. Archívese la queja. Notifíquese y remítase. GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTA-VO A. BOSSERT.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° al 8° del voto de la mayoría.

9°) Que es jurisprudencia de esta Corte a partir del caso "Ganadera ‘Los Lagos’ c/ Nación Argentina" (Fallos: 190:142) que la declaración de

inconstitucionalidad de una norma sólo es posible a pedido de parte interesada ya que, de otra manera, se alteraría el principio de equilibrio de pode-res en favor del Poder Judicial, se atentaría contra la pre-sunción de legitimidad de los actos y normas estatales, y se afectaría el derecho de defensa en juicio. Este criterio debe ser revisado a la luz de nuevas reflexiones.

10) Que la declaración de inconstitucionalidad sin que medie petición de parte no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás ya que dicha tarea es de la esencia de aquél, una de cuyas funciones específicas es la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por los poderes Ejecutivo y Legislativo a fin de mantener la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31).

11) Que, si bien los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de la ley en abstracto, es decir fuera de una causa concreta sometida a su juzgamiento, de ello no se desprende que necesariamente la parte interesada deba re-querir en forma expresa el control de constitucionalidad, ya que éste constituye una cuestión de derecho, ínsita en la facultad de los jueces que se resume en el antiguo adagio romano iura novit curia y que incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución.

Este principio, por el que se le concede a los jue-ces la potestad de suplir el derecho que las partes no invo-can o que invocan erróneamente, incluye el deber de mantener la jerarquía normativa de nuestro orden jurídico, de allí que una sentencia que aplique normas inconstitucionales se suble-va en contra de aquélla.

12) Que, en efecto, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia (nacionales y provinciales) de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposi-ción con ella, constituye uno de los fines superiores y fun-damentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos con-sagrados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos, atribución que es derivación forzosa de la distinción entre los poderes constituyente y legislativo or-dinario que hace la Constitución, y de la naturaleza necesa-riamente subordinada del segundo (Fallos: 33:162, 194).

13) Que, por otra parte, el control de constitucio-nalidad de oficio no afecta la presunción de legitimidad de los actos legislativos ya que dicho instituto es meramente provisional ‑iuris tantum‑ y cede, en un sistema de control de

constitucionalidad judicial difuso, ante la comprobación y declaración de invalidez de las normas por el Poder Judicial.

14) Que, asimismo, cabe señalar que la declaración de inconstitucionalidad no implica una violación del derecho de defensa, "pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invoca-da por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso (voto de los jueces Fayt y Belluscio en el caso "Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario", Fallos: 306:303).En el sub lite este dere-cho ha sido salvado pues la demandada ha podido expresar su opinión sobre la validez de la norma cuestionada en el recur-so extraordinario ante esta Corte.

15) Que, sin perjuicio de lo expuesto, la declara-ción de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la ultima ratio del orden jurídico y, en caso de duda debe estarse por su constitucionalidad. Sólo debe acudirse a aquélla cuan-do la repugnancia de la ley inferior con la norma calificada de suprema sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 285:322, entre muchos otros). Es por ello que los tribunales de justicia deben imponerse la mayor mesura, mos-trándose tan celosos en el uso de sus facultades como

del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privati-vo, a los otros poderes (Fallos: 242:73; 285:369; 300:241, 1087).

16) Que, con relación al fondo del asunto, esta Corte ha interpretado reiteradamente que la intangibilidad de las retribuciones de los jueces es garantía de la independen-cia del Poder Judicial, de forma que cabe considerarla, jun-tamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado. Asimismo, ha sostenido que la garan-tía de irreductibilidad de los sueldos está conferida no para exclusivo beneficio personal o patrimonial de los magistrados sino para resguardar su función de equilibrio tripartito de los poderes del Estado, de modo que la vía abierta en esta causa no tiende tanto a defender un derecho de propiedad de los actores como particulares, y a título privado, sino la ya referida garantía de funcionamiento independiente del Poder Judicial, cuya perturbación la Ley Suprema ha querido evitar al consagrar rotundamente la incolumidad de las remuneracio-nes judiciales (Fallos 315:2386).

17) Que igualmente, en Fallos 176:73, el Tribunal dijo que la intangibilidad de la remuneración de los jueces ha sido establecida no por razón de la persona de los magis-trados, sino en mira de la institución del Poder Judicial, a la que los constituyentes han querido liberar de toda presión de parte de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia.

Sustancialmente, en consecuencia, la intangi-bilidad de los sueldos no es estrictamente una garantía en favor de tales magistrados, sino un seguro de su independen-cia efectiva que beneficia a la misma sociedad en tanto tien-de a preservar la estricta vigencia del estado de derecho y el sistema republicano de gobierno.

18) Que, por otra parte, debe tenerse presente que la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin, cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo al contenido de las demás; la inteli-gencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equili-brio del conjunto (Fallos 296:432). En la búsqueda de esa armonía y equilibrio debe evitarse que las normas constitu-cionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se debe procurar dar a cada una el sentido que mejor las concierte y deje a todas con valor y efecto. Bajo estas pautas, no es válido asignar ‑como lo hizo la Corte local‑ a la garantía que consagra la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados, una extensión tal que desconozca las facultades que el art. 75 inciso 11 de la Ley Fundamental confiere al Congreso de la Nación para "hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras".

19) Que, en este orden de ideas, la ley 23.928 constituye una decisión clara y terminante del Congreso de la Nación de ejercer las funciones que le encomienda el art. 75, inciso 11, ya referido. Ante tal acto legislativo no sólo han quedado derogadas disposiciones legales sino que además deben ser revisadas las soluciones de origen pretoriano que admi-tían el ajuste por depreciación, en cuanto, precisamente, se fundaron en la falta de decisiones legislativas destinadas a enfrentar el fenómeno de la inflación. De allí que como esta Corte dijo en Fallos 315:158 no puede mantenerse idéntico temperamento respecto de este punto con relación a períodos posteriores al 1° de abril de 1991.

Por ello y oído el señor Procurador General, se rechaza la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se revoca la sentencia. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corres-ponda, se dicte una nueva con arreglo a la presente. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión deba-tida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Intégrese el depósito. Archívese la queja. Notifíquese y remítase. ANTONIO BOGGIANO.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ

Considerando:

1°) Que contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes que hizo lugar a la demanda promo-vida por jueces que reclamaron el cumplimiento de la garantía de la intangibilidad de sus remuneraciones, la vencida inter-puso el recurso extraordinario que fue parcialmente concedi-do. Con relación a los aspectos denegados, dedujo el perti-nente recurso de queja que corre agregado a la presente.

2°) Que para así decidir sostuvo que "en virtud del paulatino deterioro operado en el valor adquisitivo de los importes nominales de los haberes", que deriva "del proceso inflacionario que afectara nuestro signo monetario" y que genera "la disminución de sus valores reales", se vio frus-trada "la garantía de la intagibilidad a su respecto". Asi-mismo, rechazó la defensa de prescripción que articuló la demandada con fundamento en el art. 4032 del Código Civil y, por último, sin que mediara pedido de parte, declaró la in-constitucionalidad de los arts. 7, 10 y 13 de la ley 23.928, de convertibilidad del austral, y de la ley 4558, de consoli-dación de la deuda pública provincial.

3°) Que el recurrente sostiene, en síntesis, que: a) no surge de autos que el Estado provincial haya incurrido en incumplimiento de la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones que ampara a los actores sino que, por el con-trario, el gobierno de la provincia efectuó importantes re-composiciones salariales a los magistrados, mejoras que fue-ron muy superiores a las de otros sectores del empleo públi-co; b) no resulta aplicable al caso el plazo de prescripción establecido por el art. 4027 del Código Civil sino el del art. 4032; c) la declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.928 y 4558 -decretada de oficio- viola el principio de congruencia y el de la defensa en juicio; y d) estas leyes no son violatorias de ninguno de los derechos consagrados en la Constitución Nacional o provincial y, dictadas con fundamento en el ejercicio del poder de policía de emergencia del Estado, procuran asegurar la supremacía del interés general y eliminar la inflación que produce la corrección por índices del valor monetario.

4°) Que deben desestimarse los agravios del apelante en cuanto atribuyen arbitrariedad a lo decidido en cuanto consideró que los reajustes practicados en las remuneraciones percibidas entre enero de 1984 y abril de 1988 fueron insufi-cientes para mantener la garantía de intangibilidad de la remuneración de los jueces demandantes y aplicable el plazo de cinco años de

prescripción, pues remiten al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia extraordinaria del art. 14 de la ley 48 máxime cuando, como sucede en el caso, la sentencia cuenta con fundamentos suficientes que la colo-can al abrigo de la tacha de arbitrariedad.

5°) Que igual suerte corre la queja dirigida a cuestionar la invalidación de la ley provincial 4558 porque, según ha resuelto el Tribunal, la declaración de inconstitu-cionalidad de leyes locales no constituye cuestión federal que sustente el recurso extraordinario, ya que no existe re-solución favorable a la validez de la norma local cuestionada (Fallos: 295:797; 311:955 y sus citas).

6°) Que, en cambio, es formalmente procedente el recurso extraordinario pues se cuestiona la constitucionali-dad de la ley 23.928 y la decisión del superior tribunal de la causa es contraria a las peticiones del recurrente (art. 14, inc. 1° de la ley 48).

7°) Que el a quo, como se dijo, juzgó que la Pro-vincia de Corrientes incurrió en incumplimiento de la garan-tía de incolumidad de las remuneraciones de los magistrados. Sobre la base del art. 143 de la

constitución local reproducción, casi exacta, del entonces art. 96 de la Constitución Nacional reputó aplicable al sub judice tanto éste como la doctrina elaborada por esta Corte en torno a él. Consideró, también, que la ley 23.928, en cuanto no admite la actualiza-ción monetaria a partir del 1° de abril de 1991, resulta in-constitucional por quebrantar aquella garantía.

8°) Que, en lo que aquí interesa, aquélla dispone que "en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deu-dor, con posterioridad al 1° del mes de abril de 1991" (art 7); deroga "todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualiza-ción monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios" (art. 10) y declara que "la presente ley es de orden público" y que "ninguna persona pue-de alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos" (art. 13).

9°) Que en cuanto al agravio referente a la decla-ración de oficio de la inconstitucionalidad cabe señalar, en primer lugar, que si bien puede verse en el caso registrado en Fallos: 11:257 (año 1872) un antecedente coincidente con esa posibilidad, lo cierto es que a partir del precedente "Ganadera Los Lagos c/ Nación Argentina", Fallos 190:142 (año 1941), se

sostuvo otra doctrina, según la cual la declaración de inconstitucionalidad de una norma no procedería de oficio, sino que requeriría un pedido de parte interesada.

Esta Corte, en su actual composición, no comparte este último criterio.

10) Que, como lo señala el art. 108 de la Constitución Nacional, el Poder Judicial de la Nación es ejercido por esta Corte y por los demás tribunales inferiores establecidos por el Congreso en el territorio de la Nación.

La Corte, en su caso, es el superior o máximo tri-bunal de la judicatura nacional. Está constituida como tal y posee jurisdicción que es constitucional e imperium.

Pero aparte de ser un tribunal (sobre lo que se volverá más adelante), la Corte tiene a su cargo el ejercicio de una de las funciones del poder estatal, el cual en la teoría constitucional, como es sabido resulta único. En este sentido, coparticipa en la actuación del poder del Estado teniendo a su cargo, entonces, como órgano de gobierno, fun-ciones políticas en el más elevado sentido del vocablo. Esa condición de poder político que asiste a la Corte fue tempra-namente reconocida en las decisiones registradas en

Fallos: 1:32 y 33:162 (casos "Ríos" y "Elortondo, viuda de", respec-tivamente).

En concreto, la Corte es titular de uno de los de-partamentos del gobierno federal, cabeza del Poder Judicial de la Nación y órgano supremo de la organización judicial (Fallos: 256:114; 286:17; 306:72; 306:174; etc.), poseyendo desde tal punto de vista formal, la misma jerarquía que los poderes Ejecutivo y Legislativo (Fallos: 137:47; 235:662).

Como cabeza de poder, tiene diversas funciones ins-titucionales destacándose, entre otras, la de ejercer la je-fatura de la justicia federal, y la de ser depositaria de la representación del Poder Judicial para la defensa de su inde-pendencia frente a las intromisiones de otros poderes del Estado, lo cual se funda en la necesidad de mantener la unidad y el orden indispensables del Poder Judicial y en la sig-nificación jerárquica de la Corte (Fallos: 241:23). Por cier-to, esa función de representación no incumbe a ningún otro órgano judicial, concentrándose en la Corte la trascendente misión de encauzar las relaciones institucionales con los otros poderes de la Nación, para evitar la disparidad de de-cisiones frente a situaciones análogas (acordada 3 del 10/3/ 00, Fallos: 323:1291).

Cabe observar, asimismo, que asisten a la Corte facultades implícitas (Fallos: 259:11; 263:15; entre otros) así como necesarias, para salvaguardar la función judicial (Fallos: 256:114) y, en su caso, la investidura de los jueces de la Nación en el ejercicio de sus respectivos cometidos, siempre en la medida que lo requiera el resguardo de su ga-rantía constitucional frente a la acción de los otros poderes del gobierno (Fallos: 286:17). A lo que se suma el eventual control que, a través del recurso extraordinario federal, puede hacer como tribunal de justicia, pero igualmente como poder constitutivo del Estado, respecto de los cambios, in-clusive de naturaleza constitucional, atinentes al ejercicio de la función judicial (Fallos: 322:1616).

Que, en fin, en tanto órgano supremo a cargo del gobierno del Poder Judicial, la Corte tiene una jerarquía superior a la de cualquier tribunal inferior, como también respecto del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjui-ciamiento (acordada 4 del 14/3/00, Fallos: 323:1293).

11) Que en cuanto actúa en su condición de cabeza del Poder Judicial, y a los fines de cumplir con las trascen-dentes funciones institucionales antes aludidas, la Corte no precisa del planteo de caso o controversia judicial alguna. Tampoco requiere del estímulo que provee la petición de parte legitimada, pudiendo obrar de oficio, inclusive a los fines de declarar la

inaplicabilidad o nulidad de normas que afec-tan el ejercicio de la función judicial.

En tal sentido, el Tribunal ha admitido el control de constitucionalidad de oficio cuando están en juego normas que consagran excesos respecto de los límites puestos por la Constitución Nacional a sus propias atribuciones (Fallos: 143:191; 185:140; 238:288).

De igual modo, como cabeza de poder, en la acordada del 7 de marzo de 1968 (Fallos: 270:85) esta Corte examinó oficiosamente la validez del sistema arbitrado por la ley 17.642, recordándose en dicha ocasión la doctrina de la reso-lución dictada el 14 de marzo de 1903 invocada en la acorda-da de Fallos: 201:240‑ según la cual "...Corresponde a las facultades de este Supremo Tribunal..., como una atribución inherente a la naturaleza del poder que ejerce, de juzgar, en los casos ocurrentes, de la constitucionalidad y legalidad de los actos que se le someten, toda vez que con ocasión de ellos ha de cumplir una función que le confiere la Constitución, o la ley. A este efecto, la Corte Suprema no es un po-der automático. Tiene el deber, en este caso, de examinar y discernir si el acto con motivo del cual se le llama al cum-plimiento de una función propia, reviste o no la validez ne-cesaria...". Años más tarde, idéntico temperamento

fue repro-ducido por el Tribunal al revisar, también de oficio, la va-lidez constitucional del art. 24 de la ley 22.192 (Fallos: 306:8).

Otros ejemplos de una similar actuación son aqué-llos referentes al decreto 2071/91 (Fallos: 314:948); al art. 5° de la ley 24.480 (Fallos: 318:1772); al art. 1°, inc. a, de la ley 24.631 (Fallos: 319:24); a los arts. 2°, inc. c, y 6°, inc. e, de la ley 25.188 (acordada 1 del 9 de febrero de 2000); etc.

12) Que, como fuera ya adelantado, además de titu-lar de uno de los tres poderes constitutivos del Estado, esta Corte es un tribunal de justicia. Como se destacó en Fallos: 12:134, es el "...Tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación..." (íd. Fa-llos: 297:381; 306:2070).

En el ejercicio de esta otra función institucional, es decir, como tribunal de justicia, esta Corte actúa exclu-sivamente cuando existe una controversia o caso judicial, y, en ese preciso marco, su jurisprudencia ha sido contraria a la posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, aunque en época reciente con significativas disidencias (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio).

Que las razones dadas para sostener esa doctrina prohibitiva fueron varias, pero ‑como se demostrará‑ ninguna está libre de serios reparos, lo que evidencia la necesidad de abandonarla ya que, como es obvio, la autoridad de los precedentes debe ceder ante la comprobación de la inconve-niencia del mantenimiento de resoluciones anteriores (Fallos: 317:312, voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor).

13) Que en el recordado caso registrado en Fallos: 190:142, con cita de Thomas M. Cooley, la Corte afirmó que la declaración de inconstitucionalidad de oficio de las leyes vulnera el equilibrio entre los poderes del Estado, por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos (págs. 155 y 156). Sin embargo, puesto bajo riguroso análi-sis, ese argumento resulta inconsistente, pues no se alcanza a comprender por qué una declaración de inconstitucionalidad de oficio se entiende como una ingerencia indebida de los jueces con aptitud para alterar el equilibrio que debe haber entre los poderes del Estado, pero no se sostiene que exista una igual consecuencia cuando idéntica declaración se hace a petición de parte. Dicho con otras palabras, no se entiende por qué el control de inconstitucionalidad a pedido de parte no rompe el equilibrio entre los poderes, mientras que sí lo altera el control ejercido de oficio por los jueces. El argu-mento, así expuesto, evidencia falta de lógica, pues el equi-librio habría de romperse por la existencia misma del control en los dos supuestos,

o bien no romperse en ningún caso, pero nunca en uno sí y en el otro no, ya que esto último es onto-lógicamente contradictorio.

14) Que, por cierto, la opinión doctrinaria citada por la Corte en aquella oportunidad, tampoco resulta decisiva en la materia.

Más allá de observar que en Fallos: 190:142 el tri-bunal omitió mencionar cuál era la obra de Cooley consultada, lo cierto es que el pensamiento de dicho autor norteamericano no fue tan categórico. Según el eminente profesor que fue de la Universidad de Michigan, "...La constitución distribuye los poderes de gobierno, pero no hace a ninguno de los tres departamentos subordinados a los otros, cuando ejercita lo que le ha sido confiado. Los tribunales pueden declarar a la sanción legislativa inconstitucional e inválida en algunos casos, pero no porque el poder judicial sea superior en je-rarquía o dignidad al legislativo. Estándoles impuesto decla-rar lo que es la ley en los casos que les son sometidos, debe observar la Constitución como ley suprema si una sanción le-gislativa se encuentra en conflicto; y solamente cuando com-prueban que la legislatura ha dejado de mantenerse dentro de sus límites constitucionales, es que ellos están en libertad para desatender su acción..." (autor cit., "A treatise on the constitutional limitations", págs. 227/228, Little, Brown, and Company, Boston, 1903). Como se advierte, con abstracción de si hay petición de parte

o no, en el pensamiento trans-cripto lejos está la idea de que el control constitucional ejercido por los jueces implique de suyo subordinar los de-partamentos Ejecutivo y Legislativo a la autoridad del Poder Judicial, o constituya una absorción de este último respecto de aquéllos, sino solamente el cumplimiento de una finalidad que le es propia.

Y si bien más adelante Cooley sostiene la necesi-dad de que la declaración de inconstitucionalidad requiera petición de parte ya que, a su criterio, "...es solamente cuando alguna persona trata de resistir su aplicación y llama en su auxilio al Poder Judicial para pronunciar su no aplica-ción sobre ella, sobre su propiedad y sobre sus derechos, que la objeción de inconstitucionalidad puede ser presentada y sustanciada..." (op. cit., pág. 232), cabe reparar en que el alcance de esa conclusión no puede ser desvinculado de la consideración de las características propias que posee el control constitucional norteamericano. En efecto, en el mode-lo de control constitucional estadounidense, la necesidad de que exista petición de parte que lo estimule, resulta un im-prescindible contrapeso del principio de la jurisprudencia vinculante, en cuanto la judicatura se ajusta al stare deci-sis. Es decir, la instancia de parte se impone como un apropiado balance frente a los efectos expansivos de la declaración de inconstitucionalidad, que una vez pronunciada hace que la ley o precepto afectado pierda su validez en todo el territorio de la Unión, a punto tal que la práctica constitu-cional

norteamericana imponga al Poder Ejecutivo no aplicar la norma en lo sucesivo.

Que esta última circunstancia no tiene reflejo en el sistema de control constitucional argentino, pues la de-claración de inconstitucionalidad de una ley por nuestros jueces tiene efectos exclusivamente para el caso concreto sometido a juzgamiento (Fallos: 183:76; 247:700; 253:253; etc.). Desde esa perspectiva, pues, encontrándose en nuestro medio limitados los efectos de la declaración de inconstitu-cionalidad al litigio en que se pronuncia (la ley declarada inconstitucional sigue siendo obligatoria en los demás casos en los que es aplicable), no resulta posible concebir racionalmente ninguna posibilidad de absorción del Poder Judicial sobre los otros poderes del Estado, ni entender como jurídicamente necesario el establecimiento de la prohibición del control de oficio. En este sentido, ni siquiera las declara-ciones de inconstitucionalidad pronunciadas por esta Corte tienen una eficacia expansiva semejante a la del modelo nor-teamericano, sin perjuicio del deber que tienen los jueces de conformar sus decisiones a las del Tribunal, pero sólo para casos estrictamente análogos (Fallos: 212:51; 312:2007), y sin perjuicio de lo que pudiera resultar de situaciones muy especiales (arg. art. 19 de la ley 24.463).

15) Que otro argumento otrora utilizado para fundar la prohibición del control constitucional de oficio, consis-tió en sostener que ello resulta contrario a la presunción de legitimidad de los actos del Estado (Fallos: 234:335).

La fragilidad de este razonamiento surge ni bien se aprecia que esa misma presunción existe cuando el control constitucional resulta habilitado por una petición de parte, sin que en tal caso su presencia forme óbice insalvable algu-no para la procedencia del planteo. En ese sentido, también cabe observar que si, como es notorio, la presunción de legi-timidad del acto estatal cae frente a la comprobación de su inconstitucionalidad instada por una parte, no se ve porqué no debería ocurrir lo mismo cuando el examen constitucional se hace de oficio en un caso dado. Luego, lo razonable no es sostener que el control constitucional de oficio resulta con-trario a la vigencia de la apuntada presunción, sino afirmar que esta última siempre debe ceder frente a la inconstitucio-nalidad comprobada, sea a pedido de parte o de oficio, en cualquier caso judicial.

16) Que igualmente se dijo que la facultad que tie-ne todo juez de seleccionar el derecho aplicable al caso, no autoriza la declaración oficiosa de inconstitucionalidad.

Que la inconsistencia de este argumento, que fue acogido en Fallos: 204:671, queda al descubierto frente al hecho de que si el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente trasuntado en el antiguo adagio iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la consti-tucional, y desechando la de rango inferior. En cuanto se trata de aplicar el derecho vigente, no puede la actuación del juez quedar supeditada al requerimiento de las partes (Fallos: 321:1058, voto del juez Fayt, y sus citas).

17) Que es dable destacar, asimismo, que la decla-ración de inconstitucionalidad de oficio tampoco implica una violación del derecho de defensa, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio).

18) Que no es posible disimular, de otro lado, que la doctrina de la prohibición de la declaración de inconsti-tucionalidad de oficio, suscita notables contradicciones con otras decisiones de la Corte.

Que, en este sentido, si fuera cierto que el prin-cipio de separación de los poderes resulta quebrantado por el control de constitucionalidad de oficio, no se observa por qué ello no habría de ocurrir igualmente en el orden interno de algunos estados provinciales cuyas constituciones autori-zan expresamente esa forma de control. Y si así fuese, es decir, si hubiera un verdadero quebrantamiento institucional incompatible con un principio republicano tan caro como el de la separación de poderes, resultaría por lo menos inconsistente la doctrina de esta Corte recordada en el considerando 5° de este pronunciamiento, según la cual, en el marco del art. 14 de la ley 48, no es revisable el ejercicio que hicie-ran los tribunales provinciales de su facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes cuando las cons-tituciones locales los autorizan a ello. Por el contrario, esta Corte se vería en tales casos obligada a intervenir a fin de preservar, precisamente, el sistema republicano de gobierno (arts. 5, 31 y 116 de la Constitución Nacional).

Asimismo, el Tribunal ha tenido ocasión de descali-ficar una sentencia proveniente de un superior tribunal de provincia por haberse abstenido de declarar de oficio la in-constitucionalidad de una ley local por ser contraria a una ley nacional (Fallos: 319:2925), solución que ciertamente no guarda concordancia con la doctrina prohibitiva expuesta en Fallos: 190:142.

19) Que, por otra parte, reiteradamente ha señalado el Tribunal que "es elemental en nuestra organización consti-tucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no con-formidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuen-tran en oposición con ella" (Fallos: 312:2494; 314:313, 875 y 1741; 317:44, entre otros).

Que tal regla, bien vista, lejos de vedar el con-trol de oficio de inconstitucionalidad, brinda una solución que sirve de sustento a la posición inversa, pues resulta evidente que la abstención de aplicar una ley que se entienda opuesta a la Carta Magna, implica necesariamente la previa declaración de su inconstitucionalidad, ya que, como también lo ha señalado la doctrina de esta Corte, ningún tribunal judicial puede inaplicar una norma si el descarte no proviene de su declaración de inconstitucionalidad (doctrina de Fa-llos: 319:2617, entre otros).

20) Que si bien el art. 2° de la ley 27 establece que la justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejer-ce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte, tal prohibición no apunta a los actos del procedimiento ya iniciado, ni a las cuestiones que son típicamente de

derecho, sino a la posibilidad de instar ofi-ciosamente una causa para hacer declaraciones generales o abstractas. A lo que no es inapropiado agregar que el art. 3° de esa misma ley, claramente se afilia a la posibilidad del ejercicio de un control constitucional de oficio, al estable-cer que uno de los objetos de la justicia nacional "...es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescin-diendo, al decidir las causas, de toda disposición cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella...".

21) Que, valga remarcarlo, el control de oficio de la constitucionalidad de las leyes, cuando se actúa como tri-bunal y no como cabeza de poder, no desvanece sino que, por el contrario, supone como necesaria premisa, la de que exista una "causa" o "controversia" (Fallos: 307:2384; 308:1489), sin que al igual que en el caso de control a instancia de parte quepa ejercerlo en el marco de las llamadas opiniones consultivas (Fallos: 188:179), o para hacer declaraciones generales de inconstitucionalidad (Fallos: 311:787 y 2580), o respecto de cuestiones abstractas (Fallos: 260:153; 311:787). Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada al litigio mediante otros argumentos distintos de los consti-tucionales implicados en la causa, corresponde prescindir de estos últimos y atender a aquéllos otros para la resolución del caso (Fallos: 300:1029; 305:1304), y no siendo ese el supuesto, la declaración de inconstitucionalidad no debe ir más allá de lo

estrictamente necesario para juzgar (Fallos: 303:893). En este orden de ideas, es también aplicable la conocida doctrina de esta Corte según la cual la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma grave-dad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico, por lo que, en caso de duda, cabe estar a su constitucionalidad (Fallos: 285:322, entre muchos otros).

22) Que sentado lo anterior, y con relación al fon-do del asunto, esta Corte ha interpretado reiteradamente que la intangibilidad de las retribuciones de los jueces es ga-rantía de la independencia del Poder Judicial, de manera que cabe considerarla, juntamente con la inamovilidad, como ga-rantía de funcionamiento de un poder del Estado. Asimismo, ha sostenido que la garantía de irreductibilidad de los sueldos está conferida no para exclusivo beneficio personal o patri-monial de los magistrados sino para resguardar su función de equilibrio tripartito de los poderes del Estado, de modo que la vía abierta en esta causa no tiende tanto a defender un derecho de propiedad de los actores como particulares, y a título privado, sino la ya referida garantía de funcionamien-to independiente del Poder Judicial, cuya perturbación la Ley Suprema ha querido evitar al consagrar rotundamente la inco-lumidad de las remuneraciones judiciales (Fallos: 315:2386).

23) Que igualmente, en Fallos: 176:73, el Tribunal dijo que la intangibilidad de la remuneración de los jueces ha sido establecida no por razón de la persona de los magis-trados, sino en mira de la institución del Poder

Judicial, a la que los constituyentes han querido liberar de toda presión de parte de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia. Sustancialmente, en consecuencia, la intangi-bilidad de los sueldos no es estrictamente una garantía en favor de tales magistrados, sino un seguro de su independen-cia efectiva que beneficia a la misma sociedad en tanto tien-de a preservar la estricta vigencia del estado de derecho y el sistema republicano de gobierno.

24) Que, por otra parte, debe tenerse presente que la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin, cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo al contenido de las demás; la inteli-gencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equili-brio del conjunto (Fallos: 296:432). En la búsqueda de esa armonía y equilibrio debe evitarse que las normas constitu-cionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se debe procurar dar a cada una el sentido que mejor las concierte y deje a todas con valor y efecto. Con estas pautas, no es vá-lido asignar como lo hizo la corte local a la garantía que consagra la intangibilidad de las remuneraciones de los ma-gistrados, una extensión tal que desconozca las facultades que el art. 75 inc. 11 de la Ley Fundamental confiere al Con-greso de la Nación para "hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras".

25) Que, en este orden de ideas, la ley 23.928 constituye una decisión clara y terminante del Congreso de la Nación de ejercer las funciones que le encomienda el art. 75, inc. 11, de la Constitución Nacional, para hacer sellar mone-da y fijar su valor; y ante tal acto legislativo no sólo han quedado derogadas disposiciones legales sino que también de-ben ser revisadas las soluciones de origen pretoriano que admitían el ajuste por depreciación, en cuanto, precisamente, se fundaron en la falta de decisiones legislativas destinadas a enfrentar el fenómeno de la inflación. De ahí que no puede mantenerse idéntico temperamento respecto de este punto con relación a períodos posteriores al 1° de abril de 1991 (Fa-llos: 319:3241, voto del juez Vázquez, considerando 22).

26) Que, así las cosas, la prohibición establecida por la ley 23.928 de recurrir al ajuste por depreciación des-pués de la fecha indicada, lejos de vulnerar la independencia judicial y vulnerar la garantía constitucional invocada por los actores, procura preservar ambas del flagelo inflaciona-rio que otrora esta Corte tuvo oportunidad de comprobar y remediar (Fallos: 307:2174; 308:1932, entre otros), estable-ciendo de nuevo el equilibrio monetario que se quebraría si se conservase la inercia de criterios indexatorios.

Por ello y oído el señor Procurador General, se rechaza la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se revoca la sentencia. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corres-ponda, se dicte una nueva con arreglo a la presente. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión deba-tida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Intégrese el depósito. Archívese la queja. Notifíquese y remítase. ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

ES COPIA

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON JULIO S.NAZARENO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1°) Que un grupo de magistrados de la Provincia de Corrientes promovió la demanda de autos con apoyo en la ga-rantía de la intangibilidad de sus remuneraciones, a fin de que el Estado provincial le pagara una suma compensatoria del proceso de depreciación monetario ocurrido entre enero de 1984 y mayo de 1988.

2°) Que el 5 de junio de 1992 el Superior Tribunal de Corrientes admitió la demanda y condenó a la demandada a abonar las diferencias correspondientes que, en cada caso, surgían del expediente administrativo

por el período compren-dido entre el 1° de enero de 1984 y el 30 de abril de 1988; asimismo ordenó que las sumas adeudadas fueran actualizadas desde el momento en que deberían haberse pagado hasta la fe-cha de su efectiva cancelación.

3°) Que para decidir de tal modo el superior tribu-nal local sostuvo que la intangibilidad implicaba “la prohi-bición absoluta de disminuir tales remuneraciones” y que era “público y notorio el proceso de envilecimiento de nuestra moneda” durante el período que era objeto de reclamo; por otro lado, tuvo por acreditado que en dicho lapso el Estado provincial no había cumplido con el deber de mantener incólu-me las compensaciones de los actores. Además, rechazó la de-fensa de prescripción articulada por la demandada con apoyo en el art. 4032 del Código Civil y, por último, sin que me-diara pedido de parte, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 7, 10 y 13 de la ley 23.928, de convertibilidad del austral, y de la ley provincial 4558 de consolidación de deu-da pública.

4°) Que contra dicho fallo la demandada interpuso el recurso extraordinario federal (fs. 281/287) que fue con-testado a fs. 292/294 y parcialmente concedido (fs. 347/353). Con relación a los aspectos en que fue denegado, el apelante dedujo el pertinente recurso de queja que corre agregado por cuerda al sub judice.

5°) Que la recurrente formula, en síntesis, los siguientes agravios: a) la sentencia es arbitraria porque no surge de autos que el Estado haya

incumplido la garantía de la intangibilidad antes mencionada; por el contrario, sostie-ne que la prueba producida acredita que existieron “importan-tes recomposiciones salariales a los magistrados...mejoras que fueron muy superiores a los otros sectores del empleo público” (fs. 283); b) el reclamo atinente a los dieciocho primeros meses del período en cuestión - esto es, lo pretendi-do antes del 30 de junio de 1986- se encuentra prescripto por imperio del art. 4032 del Código Civil, que es la norma que debió aplicar el sentenciante, en lugar del art. 4027 del mismo cuerpo legal; c) la declaración de inconstitucionalidad de oficio de la ley 23.928 y de la ley provincial 4558 cons-tituye una grosera violación de la garantía de la defensa en juicio (fs. 284); d) estas leyes no son violatorias de ningu-no de los derechos amparados por la Constitución Nacional o provincial porque fueron dictadas con fundamento en el ejer-cicio del poder de policía de emergencia del Estado a fin de asegurar la supremacía del interés general y eliminar la in-flación que produce la corrección del valor monetario por índices.

6°) Que los planteos enunciados en los puntos a y b del considerando anterior deben ser desestimados porque remi-ten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común que son ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instan-cia extraordinaria del art. 14 de la ley 48 máxime

cuando, como ocurre en el caso, la sentencia cuenta con fundamentos suficientes que la colocan al abrigo de la tacha de arbitra-riedad.

7°) Que, en cambio, con respecto al agravio conte-nido en el punto c por el que fue concedido el remedio fede-ral (ver fs. 353 y 276, punto 2°), corresponde señalar que, de conformidad con antigua doctrina de esta Corte, los jueces no están facultados para declarar de oficio la inconstitucio-nalidad de las leyes (Fallos: 282:15; 289:89; 303:715; 305:302 y 2046; 306:303; 310:1090 y 1401; 311:1843, entre otros).

Dado que el a quo declaró la inconstitucionalidad de la ley nacional 23.928 apartándose del principio referido, y que, por otra parte, declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 4558 sin reparar en que esta declaración im-portó pronunciarse de oficio en contra de la validez de la ley nacional 23.982 -cuyos preceptos la ley provincial inva-lidada reprodujo-, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en tal sentido.

8°) Que por el resultado al que se arriba resulta inoficioso pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes citadas en el considerando anterior.

Por ello y oído el señor Procurador General, se rechaza la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se deja sin efecto el fallo recurri-do. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente. Costas por su orden por el modo en que prosperan los agravios (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Archívese la queja. Notifíquese y, oportunamente, remítase.
JULIO S. NAZARENO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COPIA

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON EDUAR-DO MOLINE O'CONNOR

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 6°, de la disidencia parcial de los jueces Nazareno y Petracchi.

7°) Que, en cambio, con respecto al agravio conte-nido en el punto c ¯por el que fue concedido el remedio fede-ral (ver fs. 353 y 276, punto 2°)¯ corresponde señalar que, de conformidad con una antigua y consolidada jurisprudencia de esta Corte, la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos sólo puede pronunciarse a petición de parte intere-sada (conf. causa

"S.A. Ganadera "Los Lagos" c/ Nación Argen-tina", ver Fallos: 190:98), estándole vedado a los jueces declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas (Fa-llos: 199:466; 200:189; 202:249; 204:671; 205:165 y 545; 242:112; 248:702 ,840; 249:51; 250:716; 251:279 y 455; 252: 328; 253:133; 254:201; 257:151; 259:157; 261:278; 267:150; 269:225; 282:15; 284:100; 289:177; 291:499; 303:715; 304:967; 306:303; 310:1090; 311:1843, 2088; 313:1392). En este sentido se ha señalado que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de "poder" que no le sea dado controlar por propia iniciativa ‑de ofi-cio‑ los actos legislativos o los decretos de la administra-ción, en virtud de que, para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio entre los tres poderes, resulta indispensable que exista en pleito una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de algu-nos de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios o garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 190:98 ya cit.; 234:335; 310:1401). No es dable a los jueces, en consecuencia, si los textos respecti-vos no han sido objeto de planteamiento y tacha de inconsti-tucionalidad por el eventual afectado, expedirse de oficio al respecto (Fallos: 310:1401), doctrina de la que sólo cabe prescindir cuando la norma cuestionada afecta la autonomía funcional del Poder Judicial, se trata de reglamentaciones legales que exceden las atribuciones jurisdiccionales de los tribunales, o cuando la Corte

hizo ejercicio de las faculta-des derivadas del art. 113 de la Constitución Nacional (Fa-llos: 185:140; 238:288; 306:8; 314:948; 318:1772).

Como se recordó en el precedente referido en primer término ‑con cita de Cooley‑ es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos se encuentren real-mente afectados. Sólo entonces la potestad legislativa y eje-cutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegí-tima, pues la norma se presume constitucional y "sólo cuando una persona intenta resistir la aplicación de una ley a un caso concreto y, de ese modo, solicita la ayuda del Poder Judicial para que se declare su inconstitucionalidad, dicha objeción puede ser sustanciada" (Cooley, Thomas M., 7th. edi-tion, Boston: Little, Brown and Company, ed. 1903, pág. 228). Sin este freno, se afirmó, el equilibrio de los tres poderes ‑condición esencial del gobierno organizado por la Constitu-ción‑ se habría roto por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos (ver asimismo Fallos: 305:2046; 310:1090).

8°) Que tal interpretación restrictiva del ejerci-cio del control de constitucionalidad encuentra su fuente de legitimación en la misma raíz filosófica de nuestro sistema democrático, que reconoce como modelo institucional al plas-mado en la Constitución de los EE.UU. Dentro del orden cons-titucional que nos rige, la atribución de dictar las leyes

constituye una facultad privativa del Congreso de la Nación, cuya actuación se presume cumplida en forma regular. Asimis-mo, por la vigencia del régimen representativo republicano, el pueblo no delibera ni gobierna sino por sus representan-tes, y son éstos los encargados de dictar las leyes, por la delegación que implica la elección popular con esa finalidad.

En este contexto de legitimación institucional, configura ‑por lo menos‑ una "anomalía" que un individuo (el juez) o un grupo mínimo (los miembros de la Corte Suprema de Justicia) puedan adoptar decisiones contrarias a los actos del Congreso y del presidente, representantes de la voluntad popular expresada en las urnas (conf. Lowenstein, "Teoría de la Constitución", pág. 314, Ed. Ariel, 1965); ello en tanto importaría el desconocimiento de la voluntad expresada a tra-vés de los actos electorales por parte de órganos no someti-dos al control electoral ni a la renovación de sus empleos, los cuales ‑eventualmente‑ podrían alzarse contra la suprema-cía de las mayorías, invalidando sus decisiones . Explica por ello Cooley que el control de constitucionalidad es una tarea en extremo delicada, pues "constituye un acto solemne el de-clarar que un cuerpo de hombres, a quienes el pueblo les ha confiado la soberana función de sancionar las leyes para el bienestar de la comunidad, ha violado aquellas limitaciones que le fueron impuestas como autoridad delegada y, por ende, usurpado el poder que el pueblo cuidadosamente reservó para sí" (Cooley, op. cit., pág. 228).

9°) Que, no obstante ello, este poder para declarar sin valor las leyes contrarias a la Constitución "es la últi-ma y más segura garantía de los particulares contra la omni-potencia legislativa que, por error o falta en el ejercicio del mandato legislativo, fácilmente puede degenerar en despo-tismo. Ello es así pues los legisladores tienen medida su autoridad por la Constitución; son elegidos para hacer lo que ésta permite, y nada más, y prestan juramento solemne para obedecerla y sostenerla. Cuando descuidan estas prescripcio-nes, usurpan la autoridad, abusan de la confianza en ellos depositada y violan la promesa que por el juramento han con-firmado" (González, Joaquín V., con cita de Cooley, en "Ma-nual de la Constitución Argentina", Ed. Estrada, año 1971, pág. 317).

Por su parte, los ciudadanos, que participan de la formación del orden jurídico mediante la elección de quienes sancionarán las leyes, ostentan derechos de jerarquía supra-legal. La Constitución se limita a reconocerlos como preexis-tentes a su sanción, como no enumerados ‑pero igualmente válidos‑ y que nacen "de la soberanía del pueblo" (art. 33). Tal reconocimiento, pues, traduce la existencia de una zona de reserva de los habitantes de la Nación en cuanto al ejer-cicio de sus derechos básicos, que se refleja adecuadamente en el sistema de control de constitucionalidad.

Cabe recordar en este punto que tanto la jurispru-dencia como la doctrina en forma unánime reconocen ‑al margen de la exigencia de petición de parte‑ que la declaración de inconstitucionalidad limita sus efectos al caso en el cual se la decreta; esto es, beneficia sólo a la parte que la planteó en una causa judicial, sin vincular ‑en nuestro sistema‑ a otros tribunales o incluso al mismo que dictó al fallo en futuros casos análogos. Bajo la clásica teoría del caso "Mar-bury", un tribunal, al declarar la inconstitucionalidad de una norma, simplemente le niega fuerza legal en el caso traí-do ante sus estrados. Con este alcance, una decisión sobre constitucionalidad "afecta únicamente a las partes y no es un juicio contra la norma" (conf. Gunther, Gerald y Sullivan, Kathleen M.; "Constitutional Law", thirteenth edition, págs. 26/27, University Casebook Series, 1997). De este modo, como lo ha expresado la jurisprudencia norteamericana, "una norma puede ser inválida cuando es aplicada en una situación fácti-ca y, sin embargo, ser válida cuando es aplicada a otra" ("Dahnke‑Walker Co. v. Bondurant", 257 U.S. 282; "Yozoo & M.R.V.Co. v. Jackson Vinegar Co.", 226 U.S. 217; "Poindexter v. Greenhow", 114 U.S. 270, 295; "St. Louis, Iron Mountain & Southern Ry.Co. v. Wynne", 224 U.S. 354; "Kansas City Sout-hern Ry.Co. v. Anderson", 233 U.S. 325).

Esta limitación, en rigor, solamente armoniza con la doctrina tradicional que exige el oportuno requerimiento de la parte interesada, en tanto dicho

planteo importa la expresión de voluntad de un habitante agraviado en sus dere-chos reservados ‑no delegados a sus representantes, que solicita ante el órgano judicial su exclusión como norma cons-titucionalmente válida en el marco de la litis que origina su afectación. La "inaplicabilidad" de la norma en el caso concreto importa una manifestación genuina del principio de la soberanía del pueblo: el individuo, ante la invasión de sus derechos no delegados, decide no aceptar la norma inconstitucional; mas dicha opción individual no puede proyectar sus efectos sobre sus conciudadanos, quienes en el ámbito de sus derechos soberanos pueden someterse, libremente, al régimen normativo por él repudiado.

10) Que, a partir de estos presupuestos, en tanto su actuación sea solicitada en concreto por un sujeto afectado para reparar la lesión de sus derechos individuales, los jueces se constituyen en "guardianes de la Constitución", ello a pesar de que conforman en el decir de Frankfurter "el menos democrático de los tres poderes, ya que es ajeno por su elección y por su duración a las reglas y pautas que rigen la formación de los otros dos poderes". De ese modo, es también el pueblo fuente del poder mismo el que instituye a los jueces como custodios de una carta de gobierno que establece multitud de limitaciones y controles recíprocos en el ejercicio del poder, cuyo destinatario es el individuo en particular y no el conjunto de ellos, ya que su libertad constituye un valor primigenio y anterior a la Constitución.

Sus únicos límites legítimos son aquellos que el conjunto de los individuos estableció para el gobierno común.

Claro está que en esta zona de "reserva" de aquellos derechos no delegados, así como no pueden ingresar los poderes políticos, tampoco cabe el ingreso no consentido del Poder Judicial. Si el individuo los ha reservado, tiene total autonomía para decidir qué hace ante la extralimitación de sus representantes; y una de sus decisiones posibles es consentirla, sin que nadie por tratarse del mas puro "auto-gobierno", ni siquiera los tribunales, puedan sustituir su libre determinación

11) Que en este contexto, la declaración de incons-titucionalidad se manifiesta como un medio de armonizar el derecho de las mayorías a hacer prevalecer su criterio de gobierno, y la potestad primigenia del individuo, quien, con el auxilio del juez, al padecer la invasión de su zona de libertades no delegadas mediante la carta constitucional, se alza contra el principio mayoritario, invalidando con alcance singular la norma establecida por los órganos de gobierno emanados de la representación popular. Logra, de tal modo, su inmunidad personal frente a una ley inconstitucional. El ejercicio de la petición de inconstitucionalidad de un acto de gobierno ante los estrados judiciales, constituye así la expresión máxima de autonomía del ciudadano, quien, afectado en sus derechos no delegados, reclama su plena

vigencia no obstante los excesos en que pudiesen haber incurrido sus representantes en el manejo de la cosa pública. En el control de esta zona de "autogobierno" exenta de la autoridad de los magistrados, cada habitante puede elegir si acepta o no el accionar de sus representantes.

12) Que, a la luz de esta fundamentación, el ejer-cicio de las atribuciones de los tribunales de justicia debe ser provocado y se ejerce en el marco de la causa sometida a su consideración (art. 116 de la Constitución Nacional). "Ni la Constitución de los Estados Unidos ni la nuestra, al dar al poder judicial la facultad de verificar la constituciona-lidad de las leyes, han violado el principio de separación de poderes. No lo han investido con un poder ilimitado y sin restricciones, capaz de subordinar a su capricho a los otros. La primera de las limitaciones a ese poder de las cortes es que nunca el poder judicial procede de oficio, sino a requi-sición de la parte interesada en una causa particular" (conf. González Calderón, Juan A., "Derecho Constitucional Argenti-no", t. I, pág. 479, Lajouane Editores, 1930). Al individuo le cabe pues esta iniciativa: es el único legitimado para ello y el juez revestido de imperio hace valer la protec-ción invocada por quien padece la invasión de su zona de au-togobierno. De lo contrario, el magistrado, en una suerte de paternalismo impropio, podría suprimir según su particular criterio y valoración la norma dictada por los órganos de gobierno representativos de los justiciables, interfiriendo en las funciones

privativas de los otros poderes sin que na-die se agravie del modo en que las ejercen. El ciudadano no sólo tiene el derecho de rechazar la vigencia de los actos del Ejecutivo y del Legislativo, sino también el de rechazar la intromisión del Poder Judicial en esa zona propia, pues allí el individuo, no el magistrado es dueño de su destino.

13) Que, por otra parte, la inadmisible potestad de descalificar de forma oficiosa la validez de la legislación vigente sobre la base de la cual los litigantes han sustentado sus planteos se traduce en evidente menoscabo del dere-cho de defensa en juicio, toda vez que quiebra la igualdad de las partes en el proceso, ya que no se dispondría de una oportunidad procesal para argumentar acerca de la constitu-cionalidad del marco normativo de la causa, siendo que su declaración de invalidez sólo sería pertinente mediando un amplio y explícito debate sobre el particular (Fallos: 269:225). Tal situación, por lo demás, no importa un ejerci-cio ordinario de la facultad que todo juez tiene de seleccio-nar el derecho aplicable al caso con prescindencia de su in-vocación por la parte expresada en la máxima iura novit cu-ria, pues en este supuesto el magistrado aplica la legisla-ción vigente, mientras que, cuando ejerce el control de cons-titucionalidad por propia iniciativa, abroga por su voluntad una norma regularmente sancionada, que se encuentra en vigor y que goza de presunción de validez (Fallos: 251:455). Dentro de las facultades propias de la jurisdicción se

encuentra la de aplicar normas vigentes no citadas por las partes, o efec-tuar interpretaciones de las invocadas que no coincidan con las postuladas por los contendientes, potestad que de ningún modo puede identificarse con la potestad de invalidar un acto de gobierno en razón de su inconstitucionalidad.

De ese modo lo ha entendido esta Corte, cuando re-solvió que la declaración de inconstitucionalidad no es una mera aplicación del principio expresado en la máxima iura novit curia, en tanto "aquí no se trata de simples razones diversas, sino de la nulidad constitucional de un decreto dictada sin audiencia de la parte que la invocó sin contra-dicción en primera instancia y que fue reconocido y aplicado por el fallo consiguiente" (Fallos: 204:671).

14) Que, habida cuenta de las circunstancias de este caso, donde el a quo declaró la inconstitucionalidad de la ley nacional 23.928 apartándose del principio referido; y que, asimismo, declaró la inconstitucionalidad de la ley pro-vincial 4558, sin reparar en que esta declaración importó pronunciarse de oficio en contra de la validez de la ley na-cional 23.982 cuyos preceptos la ley provincial invalidada reprodujo, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en tal sentido. Atento al resultado al que se arriba, resulta inofi-cioso pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes citadas en el considerando anterior.

Por ello, y oído el señor Procurador General, se rechaza la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se deja sin efecto el fallo recurri-do. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente. Costas por su orden por el modo en que prosperan los agravios (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Archívese la queja. Notifíquese y, oportunamente, remítase. EDUARDO MOLINE O'CON-NOR.

LOS LAGOS Sociedad Anónima Ganadera

c/ Gobierno Nacional

Opinión del Procurador General de la Nación

La sentencia apelada ha declarado prescripto el derecho para demandar a la Nación sobre nulidad de un decreto dictado por el P.E. sobre concesión de tierras fiscales que afectan a la actora Soc. An. Ganadera Los Lagos según así lo sostiene ésta en la presente causa. Tal declaración se funda en doctrina de V.E. que se cita en la aludida sentencia.

Por ello y dando por reproducidas las defensas opuestas por el ministerio fiscal, pido se confirme en todas sus partes, con costas, el fallo apelado.- Octubre 7 de 1.940.- JUAN ALVAREZ.

Buenos Aires, junio 30 de 1941.

Considerando:

Que la Cámara Federal de la Capital, ha desechado la demanda por estimar prescripta la acción, con arreglo a los siguientes antecedentes: el actor con fecha 25 de septiembre de 1.934 pidió la nulidad del decreto del P.E. de la Nación del 21 de abril de 1.917 cuya parte dispositiva (art. 3) declaraba caducas las ventas hechas y formalizadas por el Gobierno nacional a los antecesores del actor en el dominio, disponiendo, en consecuencia, respecto de las tierras comprendidas en el presente juicio, que el Reg. de la Propiedad, tomase razón, como fue practicado, de las referidas caducidades.

Que opuesta la prescripción de la acción de nulidad por el procurador Fiscal con arreglo a lo prevenido por los arts. 4023 y 4030, la Cámara Federal de la Capital de la República, después de señalar que se trata ‘de una nulidad que habría de ser declarada sólo en beneficio de determinadas personas, es decir, de un interés privado, como basta a demostrarlo el hecho de que no podría sancionarse sino a petición de los titulares del supuesto derecho que se

invoca', y, además, que han transcurrido más de 17 años desde que se dictó el susodicho decreto hasta la interposición de la demanda, resuelve que la acción se halla prescripta.

Que de acuerdo con lo dicho el punto sometido a la decisión del tribunal consiste en determinar cuál es la naturaleza de la nulidad que se atribuye al decreto del P.E. del año 1.917 ya que de la elucidación de esa cuestión depende que la defensa de prescripción proceda o no.

Que las reglas de los arts. 1037 y sigts. del Código Civil acerca de las nulidades de los actos jurídicos si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, nada obsta para que representando aquéllas una construcción jurídica basada en la justicia su aplicación se extienda al derecho administrativo cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquélla con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina.

En el presente caso, además, dando por admitido que por extensión las reglas de la prescripción se aplican también a las relaciones del Estado con los particulares cuando se halla en juego la propiedad privada de los últimos, aunque aquél actúe mediante decretos administrativos, el Poder Judicial está autorizado para analizar la validez o nulidad de un acto de autoridad en cuanto se afirme que mediante él se han desconocido o

allanado garantías o preceptos constitucionales y, sobre todo, cuando ese análisis es indispensable y en cierto modo previo para saber si la prescripción está o no producida. De eso cabalmente se trata en estos autos.

Que, desde luego, las nulidades en el derecho administrativo, como en el civil, se consideran respecto de los distintos elementos que concurren a la formación del acto considerado, esto es, a la competencia del funcionario que lo otorgó, al objeto o finalidad del mismo y a las formas de que debe hallarse revestido. La falta de aptitud del P.E., derivada de carecer de facultades para poner en movimiento su actividad en un sentido determinado o la prohibición de realizar ciertos actos que, por motivos especiales, chocarían con la organización y contenido de las ramas del gobierno o con las garantías individuales; o la omisión de aquellos requisitos de carácter formal prescriptos por las leyes y los reglamentos, constituirían otras tantas causas esenciales de invalidez en la apreciación y examen de un acto administrativo.

Puede agregarse, anticipando la solución, que en todos esos supuestos la nulidad del acto sería completa y total, es decir, absoluta, aun cuando su declaración sólo pueda pedirse por los particulares interesados en él.

Que esta conclusión, es, desde luego, indudable dentro de la teoría de las nulidades desenvuelta en relación a los actos del derecho privado. El Código Civil no contiene una enumeración de lo que debe entenderse por nulidad

absoluta y nulidad relativa; se limita en los arts. 1047 y 1048 a señalar quienes pueden declararla o alegarla, según sea manifiesta o no. No existe correlación completa entre los actos declarados nulos por los arts. 1043 y 1044 y los de nulidad absoluta a que se refiere el art. 1047, y, tampoco, entre los actos anulables del art. 1045 y los de nulidad relativa a que se refiere el art. 1048. pero ello no obstante, las propias disposiciones del código argentino, el antecedente que le sirviera de modelo y la elemental conclusión de que un acto debe ser de nulidad absoluta cuando le falta alguno de los elementos esenciales para nacer, como la capacidad, la forma o el objeto, demuestran que lo que no llegó a formarse por falta de uno de éstos es insubsistente. Y es así, que el Dr. Bibiloni en el anteproyecto presentado a la Comisión de reformas del Código Civil (t. 1, pág. 192, art. 11), incorporando al texto de Freitas, enuncia entre los actos de nulidad absoluta, además de los comprendidos por los arts. 1043 y 1044, el del inc. 2 considerado como acto anulable por el art. 1045. Inversamente, incluye como actos de nulidad relativa los actos anulables del art. 1045 salvo el inc. 2 incluido antes entre los de nulidad absoluta.

Que este inc. 2, que no obstante reputar acto anulable la situación contemplada en él, lo califica de nulidad absoluta, contiene la solución legal de la cuestión planteada en este juicio. Efectivamente, a pesar de ser anulable el acto y por consiguiente de no poder ser declarada por el juez tal nulidad sino a petición de parte, debe reputárselo de nulidad absoluta.

Cuando, pues, dice el art. 1045, ap. 2, del Código Civil, fuese desconocida la incapacidad de derecho o la prohibición de la ley acerca del objeto del acto en el momento de su otorgamiento, por la necesidad de alguna investigación de hecho, indudablemente alude a causas de nulidad basadas en la violación de la ley y del orden público cuya prueba no resulta del acto mismo. La necesidad de esa investigación previa, para resolver acerca del verdadero carácter de la nulidad, no impide que una vez comprobada la inexistencia de la capacidad o la falta de objeto del acto la nulidad sea tan absoluta y produzca una nulidad de la misma naturaleza que la prevista por los arts. 1044 y 1047 del Código Civil, es decir, absoluta e insusceptible de confirmación aunque su invalidez sólo pueda ser declarada a petición de parte.

Que la solución es aun más clara en el derecho público. El decreto de cuya nulidad se trata es un acto administrativo, o sea un acto de autoridad emanado del P.E. que determina lo que para el actor debió ser el derecho en la materia de que aquél trata (Mayer, t. 1& 8, pág. 119). En esa calidad posee respecto de la persona a quien afecta la misma fuerza obligatoria ínsita en la ley, salvo la diferencia esencial de faltarle su generalidad; opera en relación al caso individual en forma semejante a las sentencias judiciales y es así la exteriorización de una jurisdicción administrativa especial creada por ser indispensable a la realización del gobierno.

Esos actos administrativos por serlo tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y por consiguiente toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada en juicio; así sucede cuando se han desconocido o vulnerado principios de derecho público o garantías individuales.

Que estos principios y garantías han sido consignados en la Constitución Nacional, precisamente para proteger a los habitantes contra los abusos siempre posibles de los gobiernos, sin que tales abusos pierdan su carácter o queden validados a causa del medio elegido para realizarlos. Tampoco la doble instancia de que la nulidad de tales actos no puede declararse de oficio por los jueces a mérito de la presunción de validez que los acompaña, y de que ella deba solicitarse sólo por las personas a quienes el acto afecte, son suficientes para que se cambie la naturaleza de la nulidad convirtiendo la calidad absoluta de ella por otra confirmable o relativa.

Que la competencia (en el sentido de jurisdicción) es un elemento esencial en el acto administrativo tanto como su equivalente la capacidad lo es en el derecho privado. En éste cuando una persona es de incapacidad absoluta o incapaz de derecho para realizar un acto determinado y la contravención está expresamente prevista en la ley, es decir, es manifiesta, el acto puede declararse nulo de oficio por los jueces con o sin pedido de las partes o del

ministerio público en el interés de la moral o de la ley, es decir, su nulidad se confunde con la inexistencia.

Cuando un acto administrativo es otorgado por el P.E., sin competencia para hacerlo, a causa de una prohibición expresa o virtual de la Constitución o de la ley, los jueces no pueden declararlo nulo de oficio, sin una demanda judicial directa o indirectamente relativa al acto en el cual las partes hayan alegado tal nulidad.

Que, si, pues, el acto administrativo es un acto de autoridad o de poder que lleva consigo como expresión de tal poder la presunción de su validez, será siempre necesaria una investigación de hecho usando los términos del art. 1045 C.C. para determinar la incompetencia o la prohibición del objeto del acto, es decir, una demanda en la cual el que ha recibido el agravio proveniente de la transgresión pruebe la verdad de sus asertos encaminados a destruir la referida presunción de validez.

Que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de ‘poder’ la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa, de oficio los actos legislativos o los decretos de la administración. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar desequilibrio de los tres poderes es indispensable que exista un pleito, una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el

decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional. Como ha dicho Cooley, es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados. Sólo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima. Sin este freno el equilibrio de los tres poderes, condición esencial del gobierno organizado por la Constitución, se habría roto por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos.

Que siendo por consiguiente indispensable en el derecho público argentino que la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos sólo pueda pronunciarse a petición de parte, es decir, por aquéllos a quienes perjudique, la circunstancia de no poder serlo de oficio por los jueces no altera la verdadera naturaleza del acto que será inconsistente o nulo, a pesar de esa circunstancia, si el agente fuese incompetente para otorgarlo o resultara prohibido su objeto por la Constitución o por la ley. Y eso, porque no podría decirse sin manifiesta inconsecuencia que la nulidad de un acto que allana disposiciones de carácter constitucional no lesiona al orden público o a la colectividad porque se haya atribuído para mantener el instrumento de gobierno así creado a los directamente interesados en conservarlo, el pedido de nulidad.

En el derecho administrativo por razones institucionales la declaración de actos inexistentes o nulos es independiente del hecho de que ella pueda o no pedirse por los interesados. Más aun, es a éstos a quienes les corresponde constitucionalmente tomar la iniciativa con exclusión de los miembros del Poder Judicial.

Que aplicando estas conclusiones a la nulidad solicitada por la actora al decreto del año 1917 sobre enajenación de tierra pública resultaría:

a) que ese decreto ha sido dictado por el P.E. desconociendo la disposición concluyente del art. 95 de la C.N. que veda al presidente de la Nación el ejercicio de funciones judiciales;

b) que ese mismo decreto al ordenar la cancelación en el Reg. de la Propiedad de las anotaciones del dominio hechas en favor de la actora como consecuencia de los actos de transmisión por escritura pública subscriptos por el propio gobierno, ha desconocido la garantía del art. 17 del mismo instrumento, pues tal cancelación hecha efectiva por el Registro comporta para el propietario las imposibilidad de disponer de los bienes transmitidos en propiedad.

Que lo primero significa el ejercicio de funciones judiciales contraviniendo el art. 95 de la Constitución Nacional, pilar básico del sistema político adoptado y según el cual el Poder Judicial como una de las ramas del

gobierno sólo puede ser desempeñado por jueces nombrados en la forma señalada por la Constitución y por las leyes e investidos de la potestad de juzgar con independencia de los otros dos poderes que lo integran.

Que acerca de lo segundo, la sociedad actora ha acompañado los testimonios de escrituras públicas de los que se desprenden que el P.E. transmitió el dominio de las tierras fiscales a que la demanda y el decreto se refieren, después de dar la posesión de las mismas y en la cual como se ha demostrado en los autos todavía se encuentra.

Que esas escrituras públicas hacen plena fe de su contenido hasta que sean argüidas de falsas por acción civil o criminal de la existencia material de los hechos cumplidos en presencia del oficial público y también en cuanto a la realización del acto y de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc. (arts. 993 y 994, C.C.).

Que en resumen promediando en la especie una nulidad absoluta, no le sería aplicable la prescripción de 2 años autorizada por el art. 4030 del C.C., pues éste, según se infiere de su simple lectura, no comprende ninguna de las hipótesis de nulidad previstas por los arts. 18 y 1044, entre las cuales se encuentra la examinada en este juicio. La nulidad manifiesta y absoluta y la absoluta que requiere una investigación de hecho para determinar su verdadera naturaleza, son insusceptibles de prescripción. La disposición de tal artículo, ha dicho esta Corte, reducido a legislar sobre las acciones de

nulidad allí previstas, no comprende el caso de un decreto del P.E., acto administrativo por excelencia, que declara la nulidad de actos anteriores de carácter definitivo producido por el mismo P.E. y cuyas consecuencias se hacen efectivas o indirectamente repercuten sobre la facultad de disponer de la propiedad privada, ejercitando así funciones judiciales vedadas al P.E. por el art. 95 de la Constitución Nacional (Fallos, t. 185, p. 101; t. 179, p. 249 [1]; t. 148, p. 118).

Que, con arreglo a lo dicho, es patente la nulidad del decreto dictado por el P.E. el 21 de abril de 1917, en cuanto trasciende de la esfera administrativa y afecta el dominio que la sociedad actora tiene sobre las tierras descriptas en la demanda.

Con arreglo a lo prescripto por el art. 1050 C.C., la declaración de nulidad vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de dictarse el decreto objetado. Por consiguiente, la anotación de la caducidad de las escrituras de transmisión del dominio ordenada por el decreto del año 1917, carece de todo valor, y así corresponde declararlo.

Que no habiéndose deducido reconvención por el representante del gobierno, acerca de los vicios que imputa a los títulos de dominio sobre los campos fiscales objeto de la transmisión relacionados con los de la actora, este tribunal no se encuentra autorizado para pronunciarse sobre esa

cuestión, sin perjuicio de los derechos del gobierno para hacerlos valer en la forma que corresponda según derecho.

En su mérito se revoca la sentencia de la Cámara federal, desestimándose la excepción de prescripción y se declara la nulidad del decreto del 21 de abril de 1917 en cuanto afecta el dominio de la sociedad actora sobre las tierras enumeradas en la demanda, y, por consiguiente, la caducidad de las inscripciones de dominio sobre dichas tierras.

Déjanse a salvo al P.E. las acciones que puedan corresponderle para hacer valer judicialmente las acciones no comprendidas en esta causa. Sin costas, atenta la naturaleza de las cuestiones debatidas.-

Municipalidad de la Capital c/ Elortondo

Buenos Aires, Noviembre 12 de 1886.

Considerando: 1. Que las objeciones opuestas a la expropiación, solicitada por la Intendencia Municipal, de toda la propiedad de la señora de Elortondo, se reducen a que la ley de noviembre 4 de 1884 no autoriza la expropiación de las propiedades sino en la parte que tenga que ocupar la Avenida de Mayo, cuya construcción ha sido declarada de utilidad pública; que la ley de setiembre 13 de 1866, a que se refiere la anteriormente citada

de 1884, solo permite la ocupación de los bienes provinciales y de propiedad particular indispensables para la construcción de las obras, cuya utilidad pública ha sido previamente declarada por una ley; y finalmente, que si las citadas leyes comprendiesen en sus términos la facultad de expropiar bienes que no han de ser ocupados por la obra en cuestión y cuya apropiación se hace con el confesado propósito de obtener por su enajenación un provecho en favor de la Municipalidad, serían inconstitucionales como contrarias al principio de la inviolabilidad de la propiedad, consagrado por el art. 17 de la Carta Fundamental.

2. Que es inútil entrar a un examen detenido de los términos de las disposiciones legales ya citadas, desde que una y otra lo son tan explícitas que no dejan duda sobre su inteligencia: "las fincas y terrenos que resulten afectados por la apertura de la expresada Avenida»" dice la ley de 1884; y la de 1866: "aquellos bienes del dominio provincial o de particulares, cuya ocupación se requiera para ejecutar obras de utilidad nacional". En el primer caso no se comprendería por qué la ley habría hecho uso de la frase genérica "resulten afectados", cuando su alcance solo era del terreno ocupado por la Avenida, y en el segundo, por qué al fijar la regla se refiere al terreno que se requiera si las necesidades de cada caso no habían de ser la medida de la expropiación.

3. Que establecido que las leyes que determinan la expropiación en este caso autorizan a la intendencia Municipal a expropiar, no solo el terreno que debe ocupar la Avenida proyectada, sino el todo de los terrenos y fincas afectados por ella, resta solamente traer a consideración si sus disposiciones están en contradicción con la Constitución, que es la ley suprema de la Nación.

4. Que el art. 17 contiene a la vez el principio de la inviolabilidad de la propiedad y la expropiación por causa de utilidad pública, quedando de esta manera consignados en el mismo artículo el principio general y su limitación consiguiente, y perfectamente definido lo que constituye la garantía con que la Constitución ha querido asegurar el goce tranquilo de la propiedad: "la expropiación debe ser calificada por ley y previamente indemnizada". La discreción de los poderes colegisladores y la indemnización del propietario, son elementos más que suficientes para asegurar con fundamento que la propiedad es inviolable en todo el territorio de la Nación, o por lo menos, no sería posible encontrar parte alguna en que estuviese rodeada de mayores garantías.

5. Que no siendo posible definir de antemano ni aún reducir a principios generales en qué ha de consistir la utilidad pública, ni cuál deba ser la extensión de los sacrificios a imponer a los particulares, es evidente que corresponde a la ley a dictarse en cada caso fijar la expropiación en la

extensión que sea necesaria para servir la utilidad pública, único límite fijado por la Constitución misma.

6. Que las leyes que dicte el Congreso, haciendo uso de la discreción que le confiere la Constitución en estos casos, no pueden ser atacadas por inconstitucionales, pues los argumentos en este sentido tenderían a demostrar que no habría utilidad pública en los otros que las motivan, siendo, por otra parte, un punto decidido por la Suprema Corte en sus fallos registrados en la p. 311, t. 4º, Serie 1º, y p. 67, t. 6º, Serie 1ª de la colección; y

7. Que tampoco sería obstáculo a la constitucionalidad de las leyes citadas, el que por ellas se autoriza la expropiación de terrenos que no van a ser ocupados por la Avenida, y que, vendidos en seguida de realizada esta, van a dejar un provecho en favor de la Municipalidad, siendo por consiguiente en perspectiva de un negocio y no por la utilidad pública que se hace la expropiación, pues tales provechos una vez indemnizados ampliamente los propietarios, representan únicamente el mejoramiento producido por la Avenida proyectada, y la legitimidad de este provecho se demuestra por la disposición del art. 15 de la ley de expropiación de 1866 y decisiones de la Corte Suprema, p. 168, t. 11, Serie 2ª.

Por estos fundamentos: fallo no haciendo lugar a las excepciones deducidas en este juicio por la parte de la señora Isabel A. de Elortondo, declarando que la Intendencia Municipal está debidamente autorizada por ley de noviembre 4 de 1884, a expropiar toda la finca de la calle Perú números 14, 16 y 18, perteneciente a la demandada, por encontrarse afectada por la traza de la Avenida proyectada. En su consecuencia, comparezcan las partes a efecto de nombrar los peritos que deberán avaluar el monto de la indemnización a pagarse por la expropiación en el caso de no arribar a fijarlo de mutuo acuerdo, designándose el día del primer jueves hábil siguiente a la ejecución de esta sentencia, a la una de la tarde. Hágase saber notificándose con el original. - Andrés Ugarriza.

Dictamen del Procurador General:

Considerando: Los términos del art. 5º de la ley sobre la Avenida de Mayo, origen de esta cuestión, son, a mi juicio, tan claros y explícitos, que no admiten ser diversamente interpretados.

"Se declara de utilidad pública, dice aquel artículo, y se autoriza la expropiación de las fincas y terrenos que resulten afectados por la apertura de la expresada Avenida".

Si la ley hubiera querido limitar la expropiación a la parte indispensable para la vía, lo hubiera establecido claramente y en términos precisos. Mucho más, cuando la duda surgió en la discusión. Por «fincas afectadas» no puede, así, entenderse otra cosa, en el sentido de la ley, que aquellas que ocupare la Avenida en una porción cualquiera.

Afectar, no es tomar u ocupar en su totalidad una cosa, según se pretende. Si la Avenida toma una finca entera, a nadie se le ocurrirá decir que tal finca ha sido "afectada"; si solo toma una parte, a cualquiera se le ocurre que esa finca está afectada, tocada, comprometida por la Avenida, y la primera de las reglas de interpretación es que las palabras de la ley deben ser tomadas en el sentido en que son generalmente usadas.

Si tal es la inteligencia de la ley, se dice, y es esta la cuestión principal, sino única en este caso; si el hecho de tomar la Avenida una porción de una finca, autoriza la ocupación del todo, la ley, en esta parte, es contraria a la prescripción constitucional que declara inviolable la propiedad.

El señor juez de Sección, muy oportunamente observa que es esta ya cuestión resuelta entre nosotros por la autoridad reconocida como único y último intérprete de la Constitución.

Es bien sabido, en efecto, que las leyes que autorizaron el camino de fierro a Córdoba, autorizaron también la expropiación de una legua a cada lado de la vía; y no es menos sabido cual fue la resolución en las diversas cuestiones que surgieron, con respecto a su constitucionalidad.

"Estas leyes, dijo V. E., no pueden ser objetadas, ni discutida su constitucionalidad ante los Tribunales, por razón de error en la clasificación de la utilidad pública en que se funda el derecho de expropiación, porque el artículo 17 de la Constitución, disponiendo en su inciso 2º, que la expropiación sea autorizada por ley, libra a la discreción exclusiva del Congreso, el juicio sobre la utilidad pública en los casos ocurrentes; y es notorio además, que sin la concesión de tierras no hubiera sido realizable la construcción del Ferro-Carril, obra de una conveniencia evidente para el progreso y aún para afianzar la paz y la tranquilidad de la República". (Série 1ª, t. 4°, p. 311; t. 6º, p. 67).

Si la ley ha declarado que es de utilidad pública la apertura de la Avenida de Mayo y ha juzgado que ella no podría llevarse a efecto sin la expropiación de las fincas afectadas, cómo no habría podido realizarse el Ferro-Carril de Córdoba sin las dos leguas laterales, la ley de la Avenida no puede, pues, ser objetada, ni discutida su constitucionalidad en uno ni otro caso; y si bien la utilidad no es perceptible en igual grado en ambos, la medida bastante a

autorizar su declaración, es del resorte exclusivo del poder a cuya discreción ha confiado la Constitución la facultad de hacerla.

Objetase a ese razonamiento, a mi entender, tan sencillo como concluyente, que no es compatible con la índole de nuestras instituciones que un derecho consagrado por la Constitución pueda considerarse sin garantía en los Tribunales de Justicia; obsérvase, además, que no se concilia con los principios de justicia que la expropiación de una parte autorice a tomar el resto, que no es necesario para la obra, sin más objeto que lucrar con ello; y se pretende, por último, apoyar estas conclusiones en la autoridad de autores respetables.

No obstante que, como se ha visto, es esta cuestión resuelta por V. E., considero de interés no dejar sin respuesta aquellas objeciones, y ha de permitirme V. E. me detenga con este motivo en algunas consideraciones generales en materia tan nueva como de palpitante actualidad.

La supremacía del Estado sobre la propiedad privada, a que Grocio dio el nombre de "dominio eminente", esto es, la facultad de apoderarse el soberano de la propiedad particular, cuando la necesidad o el bien público lo requiere, es inherente a la soberanía y no nace de la ley, que solo la limita y reglamenta.

"Al mismo tiempo que los romanos proclamaron la inviolabilidad de la propiedad, observa el eminente jurisconsulto Romagnosi, sancionaron también la expropiación por causa de necesidad pública".

Si de la legislación romana, fuente del derecho, descendemos a nuestros días, fácil será darnos cuenta del camino recorrido.

La famosa declaración de los derechos del hombre, de la revolución francesa, reconocía todavía la necesidad como causa eficiente de la expropiación. "La propiedad es inviolable y sagrada, decía en su artículo 17, y nadie podrá ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente reconocida, lo exija evidentemente, y a condición de una justa y previa indemnización".

El Código de Napoleón, pocos años después, sustituyó la calificación de necesidad por la de utilidad, y esta modificación al principio romano ha sido incorporada a la legislación de todas las naciones. "La propiedad es inviolable, dice nuestra Constitución, y la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada".

Como se ve, la ley, al requerir solo la utilidad y no la necesidad, ha dado el

primer paso en el sentido de facilitar la expropiación de la propiedad particular a las conveniencias públicas.

Pero ¿qué debe entenderse por "utilidad pública"? He ahí la primera dificultad.

Las exigencias, los gastos, las tendencias de la sociedad, en nuestros días, son tan múltiples y varias, que es imposible definirlos.

En una población que carece de escuelas, por ejemplo, la construcción de un teatro sería fuera de propósito; pero dejaría de serlo en una ciudad rica y populosa, que necesita distracciones y atrae la concurrencia de extranjeros. Una plaza de toros sería una abominación en Inglatera, y un motivo de felicitaciones en España.

Por esto, ni los profesores del derecho ni las cortes de justicia han acertado a encerrar en una fórmula concreta qué es lo que deba entenderse por utilidad pública. Bien se alcanza que todo aquello que satisface una necesidad generalmente sentida, o las conveniencias del mayor número, es de utilidad pública. ¿Dónde principia, empero, la necesidad y concluyen las conveniencias?

En la imposibilidad de definirlo la ley, por prolija que fuera, y puesto que en alguno había de ser depositada esta misión, ha debido serlo en el poder que, por la naturaleza de sus funciones y la renovación periódica de su mandato, está en más inmediato contacto con el pueblo, y puede apreciar mejor sus conveniencias y sus necesidades.

Esta conclusión es de por sí tan evidente, que no necesita ser demostrada, de manera que si la materia de expropiación puede dar lugar a cuestiones delicadas y de difícil solución, nadie pone por un momento en duda que la facultad de expropiar es esencialmente política y exclusiva del Poder Legislativo. La ley hace limitado a fijar dos extremos: la utilidad pública; la indemnización previa. Dentro de ellos, la discreción legislativa no reconoce límites, ni puede ser objetada ante los Tribunales de Justicia, los que solo serían llamados a intervenir toda vez que la Legislatura, salvando aquellos extremos, decretase la expropiación de la propiedad de Juan, para darla a Pedro, palpablemente sin relación a uso público alguno; o no acordarse indemnización de ningún género.

En esa inteligencia, observaré que no es exacto que la facultad exclusiva y en la extensión que universalmente se atribuye a la Legislatura, deje a la propiedad sin la garantía que la Constitución acuerda a todos los derechos.

Si la Legislatura, empero, ha declarado que el uso a que la cosa expropiada se destina, es de utilidad pública; o si este uso fuera de tal manera dudoso que los Tribunales no puedan decidir que no lo sea en la medida o capacidad bastante a justificar la expropiación, el juicio de la Legislatura debe prevalecer entonces como final y concluyente. (Dillon, "Mun. Corp.", ps. 594 y 595).

Las aspiraciones y tendencias de la sociedad moderna que, como se ha visto, han sustituido a la necesidad, la utilidad, vienen ejerciendo también su influencia en la manera cómo ha de ser calificada esta utilidad pública, y fácil es observar que cada día recibe una interpretación más amplia.

Fuerza es reconocer con este motivo que las relaciones de comercio y la rapidez y frecuencia de las comunicaciones, siempre crecientes, han establecido una solidaridad entre todas las naciones y creado obligaciones recíprocas, desconocidas antes.

La falta absoluta de higiene en las naciones del oriente ha causado a la Europa, en este solo siglo, perjuicios incalculables, con las invasiones periódicas del cólera, sin recordar otras pestes más mortíferas, en los anteriores. Y si la intensidad del mal no hubiese declinado, es muy posible que la acción colectiva de las primeras potencias hubiera obligado a los

pueblos de donde venía, a mejorar sus condiciones higiénicas, para cortarlo de raíz, como alguna vez se pensó.

Está reciente el recuerdo de la perturbación que causó entre nosotros la invasión del cólera, debido a las pésimas condiciones higiénicas de algunas ciudades de Italia, especialmente de Nápoles.

La necesidad de mejorar estas condiciones, para no ser un peligro para los demás, ha adquirido por esto entre los pueblos civilizados el carácter de una obligación internacional.

En el seno de las mismas ciudades, construidas al acaso, y sin la más remota noción de las exigencias de la vida actual, el mejoramiento de la higiene se impone por el instinto de la propia conservación.

Los progresos de la ciencia permiten hoy aceptar como un axioma, que de los lugares infectos en que viven apiñados seres humanos, en el desaseo y la miseria, surgen los gérmenes perniciosos que llevan la muerte a las moradas en las mejores condiciones de higiene.

Después de pintar el doctor Rawson, con la viveza característica de su palabra, el cuadro de desolación que presentan los palacios de los ricos,

invadidos por las emanaciones mortíferas de los hormigueros humanos que viven y mueren a su lado, resume su pensamiento en esta forma: "Este cuadro, dice en su estudio sobre los conventillos, parece una fantasía; es, sin embargo, la fiel traducción de los hechos, como los estudia la ciencia y los confirma la experiencia. Y si esto es así, la sociedad entera, los ricos y los poderosos, lo mismo que los pobres y desgraciados, están solidariamente interesados en suprimir con todas sus fuerzas esos focos de infección, que desde las profundidades de la miseria envían la muerte para castigar la indiferencia de los que viven en la opulencia de las capas sociales superiores".

No es, pues, de extrañar que una de las primeras preocupaciones de la actualidad sea el mejoramiento de las condiciones higiénicas, especialmente de las grandes ciudades, ni menos, que estas exigencias, desconocidas antes, hayan hecho sentir su influencia en la legislación, dando un alcance más lato a lo que deba entenderse por utilidad pública.

Desde luego, ocupa el primer lugar todo cuanto se relaciona con la viabilidad, y fácilmente abraza otros objetos a cuyo respecto la utilidad pública es menos perceptible. Las Cortes de Justicia de los Estados Unidos, por ejemplo, han reconocido en repetidas ocasiones, como casos de utilidad pública, una escuela, una plaza, un parque, un molino, un cementerio y aún

un teatro.

Era asimismo de esperarse que al ampliar la ley los casos de expropiación, ampliara a la vez los medios para la ejecución de las grandes obras, que debían ser la consecuencia obligada de aquella mayor facilidad, y así ha sucedido.

Ya el art. 51 de la ley francesa de 3 de mayo de 1841, que es fundamental en la materia, estatuía: que si la ejecución de los trabajos debía procurar un aumento de valor inmediato y especial al resto de la propiedad, este aumento sería tomado en consideración al estimar el importe de la indemnización.

La ley de 26 de marzo de 1852, dictada bajo el segundo Imperio Francés, autorizó la expropiación de la totalidad de las fincas afectadas, cuando las partes restantes no fuesen de una extensión o de una forma bastante a la construcción de edificios en condiciones de salubridad.

Bajo el régimen de esta ley, ha podido la Municipalidad de Paris realizar la expropiación llamada por zonas, hoy la más preconizada, abrir las grandes avenidas de que se ufana, y costearlas en parte con la venta de los sobrantes a uno y a otro lado.

Este procedimiento fue seguido por Bélgica y por Italia, yendo esta última aún más allá en la amplitud que acuerda al expropiante.

La ley de 25 de julio de 1865, dictada bajo el reinado de Víctor Manuel II, autoriza, no ya la expropiación por zonas, sino la cotización, es decir, la imposición de las cuotas con que cada propiedad colindante debe concurrir.

"Cuando de la ejecución de la obra, dice el artículo 41 de aquella ley, se derive una ventaja especial e inmediata a la parte de la finca no expropiada, esta ventaja será estimada y deducida de la estimación de la expropiada.

Cuando en la ley que declara de utilidad pública una obra, agrega el artículo 77, se imponga a los propietarios de los bienes colindantes o contiguos, la obligación de contribuir a la ejecución, en razón del mayor valor que vienen a adquirir sus propiedades, y no se determina en la misma ley la medida de la contribución, se observarán las disposiciones siguientes:

La cuota para cada propietario debe ser igual a la mitad del mayor valor resultante de la ejecución de la obra, y se pagarán por décimas partes al abonarse cada año la contribución directa".

Con arreglo a estas sabias disposiciones, se procede en la actualidad a las grandes mejoras de la ciudad de Roma, y al saneamiento de la de Nápoles, abriéndose anchas avenidas por todos lados.

El espíritu eminentemente práctico de los Americanos del Norte, había anticipado de medio siglo esta solución a los grandes problemas de la edilidad moderna, sin la que todo progreso fuera imposible, salvo el recurso más expeditivo, que se atribuye a Nerón, para proveer a una nueva edificación de la antigua Roma.

Los estrechos límites del distrito de Colombia y la creación tan reciente de la ciudad de Washington, no han requerido la ejecución de grandes obras en Territorio Federal, ni ha sido la política del Gobierno de la Nación ejecutarlas en los Estados. Son muy escasos los antecedentes que sobre esta materia nos suministran la legislación y la jurisprudencia federal.

Abundan y sobran, empero, en los Estados cuya fiebre de progreso es proverbial.

Terminada apenas la guerra de la independencia, la ciudad de Nueva York inició la serie de inmensas mejoras que la han elevado al rango de "Empire City", según la expresión americana, abriendo calles, avenidas, plazas,

parques sin fin y sin rivales: todo, todo bajo el principio de que, aquellos que reciben el beneficio directo e inmediato deben concurrir a la ejecución con cotizaciones o cuotas ("assessments") proporcionales y equitativas. Este ejemplo, como era de esperarse, fue seguido por todas las grandes ciudades de la Unión.

Ocuparía sin objeto la atención de V. E. recordando las numerosísimas leyes dictadas solo por el Estado de Nueva-York, desde la de 24 de marzo de 1809 hasta la fecha; invariablemente bajo la base de la proporcionalidad. Me limitaré a hacer mención de la última de que tengo conocimiento, y que, a la verdad, no puede ser más reciente, ni dar una idea más acabada del sistema.

Leo en un diario de Nueva-York, de junio último, lo que sigue:

"La Legislatura del Estado ha espedido, en su última reunión, una providencia para la locución, adquisición, construcción y mejora de nuevos parques en Nueva-York. El objeto de esa providencia, es satisfacer una necesidad que cada día sienten con más fuerza los distritos densamente poblados de la parte baja de la ciudad.

La tramitación que para el cumplimiento de la ley aludida, se debe seguir,

da una idea clara de los principios observados por este país en materia de expropiaciones para usos públicos.

La ley autoriza a la junta respectiva, que es la de apertura y composición de calles, para que vaya estableciendo al sur de la calle 155, tantos parques nuevos cuantos juzgue necesarios.

Una vez que haya escogido sitio para cada uno de esos parques, la junta debe ocurrir a la Corte Suprema para que designe tres avaluadores, que han de ser gentes discretas y desinteresadas.

A estos avaluadores les toca fijar la indemnización que corresponde a los dueños y a los arrendatarios de la propiedad tomada para el parque.

La junta queda autorizada para determinar dentro de qué área, las propiedades colindantes con la tomada para parque van a ser beneficiadas por él, y para señalar la porción del costo de dicho parque que, en compensación del beneficio, les toque dar por junto a los respectivos dueños. Los avaluadores deben distribuir esa porción entre esos dueños.

La autorización más grave, entre las de la ley, es la de hacer demoler los 'tenements houses' situadas en cualquier sitio, y de la extensión que fueran,

en cualquier parte de la ciudad, abajo de la calle 155, para el objeto de construir en su lugar, un parque.

Las 'tenements houses', que no son simplemente casas de alquiler, sino como hormigueros humanos en que dentro de espacios reducidísimos se amontonan sobre todo para dormir, muchedumbres en que la miseria borra toda distinción de sexos, edades, etc., son ciertamente un peligro para la higiene y la moral de la población.

Por eso, la autorización para irlas demoliendo a medida que vaya siendo necesario, no alarma, y antes sería de desear que su demolición se pudiera llevar a cabo simultánea y totalmente".

Hasta aquí "La América", revista mensual que se publica en español en la ciudad de Nueva-York.

Como se ve, la autorización no puede ser más amplia ni más lata la facilidad para expropiar.

Tan natural y tan justo encuentra el pueblo de la Unión este sistema, que algunos estados, entre otros Massachusetts, Kansas, Indiana, Illinois, lo han incorporado a sus constituciones, para colocarlo fuera del alcance de los

movimientos transitorios de la opinión.

No han faltado, sin embargo, opositores, como sucede siempre que un interés particular se siente herido.

En aquellos Estados en que la facultad en cuestión no estaba apoyada por una prescripción constitucional, se ha sostenido con frecuencia que era ella contraria al principio universal, de que los impuestos deben ser uniformes e iguales para todos. Las decisiones de las Cortes de Justicia han sido invariablemente en favor de la constitucionalidad.

"Esta cuestión, dice la Corte Suprema de Missouri en el caso de Palmira v. Morton, ha sido discutida con toda prolijidad, y los principios que con ella se relacionan, severamente analizados en casi todos los Estados en que aquella facultad ha sido ejercitada, y está ahora tan firmemente establecido el principio, como cualquiera otro de la jurisprudencia americana" (Por Richardson in Palmira v. Morton, 25, n° 593, 1857).

En caso igual decía el "Chief Justice" de la Suprema Corte de Luisiana, Ilidell: "Debo repetir mi convicción de que el sistema de hacer pagar los gastos de mejoras locales en su totalidad, por el tesoro general, es injusto, y conducente a grandes abusos e injusticias. Pienso que el sistema de hacer

que las localidades, especialmente beneficiadas, carguen con una parte especial del peso, es más seguro y mucho más justo para la generalidad de los ciudadanos, con cuyas contribuciones se forma el tesoro de la ciudad". (Municipality-Duum, 10, Lean, An. 57, 1855).

"Que la legislatura, dijo la Corte Suprema de Pensilvania, en el caso de 'Junctium Railroad C°' v. Philadelphia, 88, p. 424, puede conferir a las corporaciones municipales el poder de distribuir el costo de las mejoras locales entre las propiedades beneficiadas, ha sido frecuentemente decidido; y si la cotización, 'assessment', ha de ser sobre todas las propiedades beneficiadas, o solamente sobre las colindantes, es materia de la exclusiva discreción legislativa, salvo que exista alguna restricción constitucional sobre la materia".

El presidente de la Corte Suprema de Iowa, J. F. Dillon, comentando las varias y múltiples disposiciones de los Estados de la Unión sobre la materia, dice lo siguiente: "Las Cortes han decidido muy generalmente que la facultad de exigir que las propiedades especialmente beneficiadas, sufraguen los gastos de las mejoras locales, es una rama del poder de imponer, o incluida en él, y los numerosos casos que han sido decididos establecen sin reserva la proposición de que una ordenanza o una ley para 'abrir' o habilitar calles, o ejecutar mejoras locales de este carácter, y

distribuir el gasto sobre aquellas propiedades que, en la opinión del tribunal o comisarios nombrados, resulten especialmente beneficiadas por la mejora, en proporción a la importancia de la misma, o sobre los colindantes o vecinos en relación al beneficio, según el frente o superficie, es, a falta de una restricción constitucional especial, un ejercicio válido del poder de imponer. Si el gasto de tales mejoras ha de ser costeado por el tesoro general, o distribuido entre las propiedades linderas, u otras especialmente beneficiadas; o si, en este último caso, la cotización deba ser sobre todas las propiedades que reciban el beneficio, o solamente sobre las colindantes, en relación a sus frentes o sus áreas, es cuestión que queda librada a la discreción del Poder Legislativo".

Terminaré esta reseña de la jurisprudencia Americana, con la decisión más importante de todas, puesto que parte de su más alta autoridad judicial.

"La constitución, dice la suprema corte federal, en el caso de Williand v. Presburg, 14 Wall. 676, 1871, confiere al Congreso la facultad de ejercer legislación exclusiva en el distrito de Columbia, y el Congreso es por consiguiente competente para autorizar a la ciudad de Washington, para cotizar el gasto de ejecutar mejoras locales en las calles sobre los colindantes, y el impuesto para tales mejoras, no necesita ser general para toda la ciudad".

Ahora bien: siendo de todo punto iguales en nuestra Constitución y en la de los Estados Unidos las cláusulas referentes a la facultad de expropiar y a la de imponer, bajo la seguridad de sentirnos apoyados, así por la legislación y la práctica de las naciones de Europa, como por la jurisprudencia uniformemente establecida por las Cortes de Justicia de los Estados Unidos, podemos sentar con plena confianza, como exactos y conformes a nuestra Constitución, los principios siguientes, que dominan toda la materia:

1º En ejercicio del dominio eminente, el Poder Legislativo está investido del poder de hacer la declaración de utilidad pública, así sobre la totalidad, como sobre parte de la propiedad, cuya apropiación las conveniencias de la comunidad requieren; y esta atribución es política y exclusiva; y el uso que de ella haga el poder al que ha sido conferida, no puede ser objetado ante los Tribunales de Justicia.

2º En ejercicio del poder de establecer impuestos y contribuciones, el Poder Legislativo tiene la facultad de distribuir o cotizar, "assess", el costo de una mejora local entre aquellos propietarios que reciban el beneficio inmediato y especial, determinando el radio dentro del que debe considerarse comprendido el beneficio y la cuota con que cada uno debe contribuir; el ejercicio de esta atribución es también exclusivo, y no puede ser discutido

ante los Tribunales de Justicia.

Después de esta larga exposición, en que me he extendido más de lo que hubiera deseado, llega la oportunidad de hacer la aplicación de los principios que ella deja, a mi juicio, fuera de toda discusión, a la Avenida de Mayo y al caso de la señora de Elortondo.

1º El Congreso ha declarado de utilidad pública la apertura de la Avenida; ha declarado igualmente de utilidad pública la expropiación de la totalidad de las fincas que ella afectare, en cuyo caso se encuentra la propiedad de la señora de Elortondo; bajo el punto de vista del dominio eminente, la constitucionalidad de esta declaración no puede ser objetada, ni admite discusión.

2º Congreso ha declarado igualmente que las fincas afectadas deben concurrir al costo de la Avenida con el mayor valor que ella misma les da, que esto, y no otra cosa importa en definitiva la expropiación de la totalidad; bajo el punto de vista de la facultad de imponer, esta declaración no se discute tampoco.

Pero el poder de hacer declaraciones tales, se arguye, es tremendo, y ante él desaparece la propiedad. Es, por otra parte, atentatorio, se agrega, que se

pretenda despojar a los propietarios de sus fincas para lucrar con la propiedad particular, al objeto de costear obras de interés común que la Municipalidad debe ejecutar con sus recursos propios, o no ejecutarlas si no los tiene.

No es difícil dar contestación satisfactoria a estas objeciones.

No puede desconocerse, es cierto, en primer lugar, que el poder de apoderarse de la propiedad ajena para uso público, es un poder tremendo, sin límites teóricos ni restricciones legales, fuera de aquellas que la ley orgánica impusiera a la acción legislativa. Tiene, empero, en la práctica limitaciones positivas este poder, en el sentimiento de justicia que nunca falta en una comunidad ilustrada, y del que no pueden prescindir por mucho tiempo los legisladores. La experiencia no señala, por otra parte, grandes abusos; y nunca el temor del abuso ha obstado a que se deposite un poder necesario a la marcha de la sociedad, en aquel departamento de gobierno al que, por la naturaleza de sus funciones, corresponde.

No puede desconocerse, asimismo, que el valor jurídico de la propiedad se amengua con las doctrinas que dejo expuestas. Nadie negará tampoco que la concepción de la propiedad ante las exigencias de la sociedad moderna, no tiene en la actualidad el mismo significado y alcance que en tiempos no muy

remotos, cuando un propietario caprichoso detenía la edificación de las Tullerías o afeaba un hermoso parque en Nueva-York, con su resistencia invencible a la demolición de un ruin casucho.

El derecho de la colectividad ha ganado en nuestros días lo que ha perdido el privado; es un hecho que no escapa a la penetración del observador menos avisado.

En la nación que más respeto profesa al derecho individual, muchos propietarios fueron privados de sus tierras en Irlanda, por la sola circunstancia de tenerlas gravadas con exceso, "Incumbered States"; y todo induce a creer que la agitación porque en estos momentos pasa aquella fracción desgraciada del Reino Unido, no cesará sino mediante una expropiación en grande escala, para llegar a una repartición más equitativa de la tierra.

Cada uno reclama hoy con imperio, fuerza es reconocerlo, una parte más amplia en el goce de los bienes que el Creador ha esparcido para todos con mano pródiga sobre la faz de la tierra, y es bien sabido que no es el medio más seguro, cerrar, sino por el contrario, abrir oportunamente las válvulas, para conjurar el peligro.

Mejorar las condiciones de la vida, en los grandes centros de población sobre todo, facilitando las comunicaciones, mejorando las habitaciones de los pobres y trabajadores, abaratando las subsistencias, es hoy el primer deber del gobierno de un pueblo civilizado, y este deber no podría ser cumplido bajo el respeto sin límites que se tributaba en otros tiempos al derecho de propiedad.

La argumentación en que más se insiste, el despojo, el negocio, el lucro, es, a mi juicio, la más débil.

La ejecución de obras de este género no es, ni ha sido nunca, materia de especulación para los poderes públicos, y lejos de esto, ha dejado casi siempre no pocos millones a cargo de los que las han emprendido, siendo muy posible así suceda con respecto a nuestra Avenida.

En cuanto al despojo, debe no olvidarse que se reduce al cambio de un valor, por otro equivalente; y si bien es cierto que la propiedad importa el derecho de aprovecharla de la manera más absoluta, no lo es menos que el valor de estimación que no se satisface con el precio, es igualmente aplicable a la parte que se expropia como a la que se deja al propietario; y si aquel valor moral obsta a la expropiación de esta última, obsta de igual modo a la expropiación de la primera, y a toda expropiación en general,

porque se levantaría en todas de por medio esa entidad imposible de apreciar. Mejor sería eliminar de una vez la prescripción constitucional.

Con más razón se diría que pretenden lucrar con los intereses de la comunidad aquellos que, ya que no piden se les pague la parte necesaria para la vía, entienden que nada más se les puede exigir que su abandono gratuito.

Como miembros de la comunidad, reciben el beneficio común a todos.

Como propietarios, son beneficiados de una manera imponderable con el aumento del valor de sus fincas. Este beneficio es real, positivo, inmediato; no aleatorio ni fortuito. ¿Es justo que el que lo recibe solo contribuya como los demás? ¿Es justo se recargue a la generalidad con impuestos en provecho de unos pocos? ¿Puede sostenerse que exista la proporción y equidad que la Constitución exige en el impuesto, que paguen lo mismo los vecinos de la Boca y de Almagro, y los propietarios de la Avenida?

Si la Municipalidad, se dice todavía, no tiene recursos propios para costear estas grandes obras, no las emprenda. Importa esto condenar todo progreso. Ni son los propietarios los que han de decidir si una obra ha de realizarse, o no. Si la autoridad competente lo decide, la obra se llevará a ejecución,

contribuyendo todos equitativamente, en proporción al beneficio que reciben.

Es esta, a mi juicio, la verdadera doctrina; la proporcionalidad; la cotización.

Esto es lo que se practica ya entre nosotros con respecto a los empedrados, y no hay razón por qué no rija la misma regla en la apertura de una calle o de una avenida. El principio es el mismo: son todas mejoras locales.

Si la expropiación se hubiera hecho por zonas, abrazando la serie de manzanas hasta Entre Ríos, para dejar dos Avenidas con el ensanche de las calles Victoria y Rivadavia, la Municipalidad, a más de la venta de los terrenos restantes en medio, hubiera, estado en su derecho, competentemente habilitada, para exigir que los propietarios de Victoria mirando al Norte y los de Rivadavia al Sud, concurrieran a la grande obra por medio de cuotas radiales. Y si estas, con arreglo a la ley italiana, se limitaban a la mitad del mayor valor que adquirieran sus fincas, nadie podrá decir que no fueran notablemente beneficiados

Quédales, en todo caso, optar por la expropiación.

Tan natural y tan justo es lo que dejo expuesto, Exmo. señor, que se impone de por sí; y esto tiene de hermoso la justicia.

La ley de la Avenida, es, sin disputa, deficiente; no prevé todos los casos que fácilmente habían de ocurrir, y puede autorizar grandes injusticias. Es en efecto, notoriamente injusto que un propietario cuya finca no es afectada, por quedar en la línea precisa, reciba todo el beneficio, y en nada contribuya.

No obstante esto, es bien sabido que los propietarios, anticipándose a la ley, han entrado en arreglos y combinaciones entre sí para concurrir a la ejecución; y es también de notoriedad que la Intendencia, interpretando el espíritu de la ley, acepta este concurso que reemplaza a la expropiación. Esta no pudo tener otro objeto que la realización de la Avenida, y puesto que esto se consigue, sin el recurso a un medio extremo, debe ser ello un motivo de satisfacción para todos.

Debía aquí terminar esta ya demasiado extensa exposición; la materia es, sin embargo, tan nueva y de tan grande importancia, que merece no dejar nada sin contestar.

Los que sostienen que la ley es contraria a la Constitución, han traído en su

apoyo el peso de autoridades respetables.

En una cuestión de esta naturaleza no es de extrañar se haya dividido la opinión, y ya se ha visto que ha sido llevada con repetición a los Tribunales de los Estados Unidos.

A la autoridad de Sedguick, Field, Fremy, Ligneville y otros que se citan en contra, podría oponer la de Dennay, Proudhon, Delallaw, aparte de las decisiones de las Cortes Americanas que antes he recordado.

En obsequio a la brevedad me limitaré a transcribir las palabras de Dennay:

"La apertura de una calle, dice este distinguido tratadista (t. 2º, p. 679), consiste no solamente en el objeto material indispensable para la ejecución, esto es, en el terreno sobre el que debe ser abierta, sino en el conjunto de los medios pecuniarios, sea para adquirir este terreno, sea para los otros gastos que la obra exige; queriendo el fin, es necesario autorizar los medios para llegar a él. Proponer a una comunidad sin recursos, que haga gastos que no puede soportar, es exigir lo imposible, es impedir de una manera absoluta una operación que se reputa, sin embargo, de utilidad general y urgente. La expropiación para un objeto determinado, debe recaer no solamente sobre el terreno necesario para lo principal, sino también sobre aquel afectado a los

accesorios, sin los que la obra no podría realizarse. En este caso, el accesorio obligado de la calle, cuya falta haría la ejecución imposible, es el terreno colindante".

Esperando que, en consideración a la importancia de la materia, excusará V. E. haber ocupado por tanto tiempo su atención, terminaré pidiendo la confirmación de la sentencia recurrida. - Eduardo Costa.

Buenos Aires, abril 14 de 1888.

Vistos los presentes autos traídos a la decisión de esta Suprema Corte de Justicia por apelación de la sentencia Federal de la capital, corriente a foja ochenta y una vuelta, en que se declara por aplicación de la ley del Congreso de treinta y uno de octubre de mil ochocientos ochenta y cuatro, sujeta a expropiación la totalidad de la finca calle Perú números catorce, dieciséis y dieciocho, de propiedad de doña Isabel A. de Elortondo, a los efectos de la Avenida que se autoriza abrir por los artículos cuarto y quinto de dicha ley, cuyo tenor literal es como sigue:

"Artículo cuarto. - Autorizase igualmente la apertura de una avenida de treinta metros de ancho por lo menos, que partiendo de la plaza de Mayo, divida por mitad las manzanas comprendidas entre las calles Rivadavia y

Victoria y termine en la de Entre-Ríos."

"Articulo quinto. - A los efectos del artículo anterior, se declara de utilidad pública y se autoriza la expropiación de las fincas y terrenos que resulten afectados por la apertura de la expresada Avenida."

Considerando: Primero: Que como lo establece la sentencia apelada y el señor Procurador General en su dictamen de foja ciento dos, y resulta además de la discusión y testo de la ley citada, ella evidentemente comprende en la autorización que contienen los artículos transcritos, el derecho a expropiar no solo el trayecto necesario a la Avenida a que dichos artículos aluden, sino también la totalidad de los inmuebles situados a uno y otro lado de dicha vía, que en cualquiera extensión resulten afectados por la misma.

Segundo: Que sentado este antecedente, y no habiendo los interesados puesto en duda la utilidad pública de la obra en sí, en lo que a la Avenida proyectada respecta, ni denegado la constitucionalidad de la ley sobre tal punto, la sola cuestión que surge a la consideración de esta Corte, es la de la regularidad y validez de dicha ley, en lo que atañe a la expropiación de las fracciones situadas fuera de aquella vía y a uno y otro costado de ella.

Tercero: Que a este respecto es desde luego de observar que la Constitución sienta como un principio absoluto, la inviolabilidad de la propiedad privada, declarando precisamente con referencia a los poderes públicos, y para mejor ampararla contra toda posible agresión u ocupación ilegítima de parte de estos, que nadie podrá ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.

Cuarto: Que no es sino excepcionalmente, y sin entender derogar aquel gran principio, que la Constitución acuerda al Estado o a sus representantes legítimos el derecho de ocupar los bienes privados por vía de expropiación para objetos o propósitos públicos o por causa de utilidad pública.

Quinto: Que siendo tal la regla y no pudiendo el Congreso derogarla, restringirla ni alterarla en la esencia, con arreglo al artículo veintiocho de la Constitución, que así lo estatuye explícitamente, prescribiendo que: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en sus anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio", la atribución deferida a aquel cuerpo por el artículo diez y siete para calificar la utilidad pública y definir los casos dé expropiación por razón de ella, no puede entenderse ilimitada ni con un alcance tal que lo autorice a disponer arbitrariamente de la propiedad de una persona para darla a otra, ni a incorporarla tampoco, aún abonando el justo valor que pueda tener ella, al

dominio público, fuera de los casos y de las formas estrictamente fijadas por la letra de la Constitución o por los principios fundamentales sobre que ella reposa.

Sesto: Que la teoría fundamental del derecho de expropiación por utilidad pública, tal como ha sido incorporado en la Constitución y tal como lo admite la legislación en general de los países libres, es otra además, y no se extiende a nada más que a autorizar la ocupación de aquella parte de la propiedad privada que sea, indispensable a la ejecución de la obra o propósito público de que se trate, no pudiendo ir nunca más allá, ni cumplirse en consecuencia, respecto de bienes que no sean necesarios a aquellos fines.

Sétimo: Que es de la misma noción, que tampoco puede verificarse con propósitos meramente de especulación o a objeto solo de aumentar las rentas públicas, o sea en razón, no de una utilidad pública general o comunal en el sentido legal y propio de la palabra, sino de una utilidad pecuniaria y puramente privada del Estado o de sus corporaciones, ni llevarse a cabo aún cuando la obra sea útil y conveniente a los intereses sociales, si puede ejecutarse aquella, o es dado atender a estos, sin recurrir a la expropiación o por otros medios que esta.

Octavo: Que estas limitaciones, sino explicitas en la Constitución, surgen a la par que de los principios fundamentales que ella consagra, de la naturaleza misma del derecho de expropiación, el cual no tiene otra base ni otro fundamento, que las necesidades o conveniencias sociales, y no puede por lo tanto, extenderse más allá que lo que estos fines supremos puedan reclamar, ni aplicarse de consiguiente, a bienes que el uso, el propósito o la obra pública tenida en vista, no requieran como indispensable, ni a título simplemente del mayor valor resultante de una mejora pública cualquiera, en favor de las propiedades adyacentes, cuya compensación tiene su forma especial y distinta por la Constitución y por la práctica de todos los países libres, a saber: la cotización o contribución en dinero, proporcional y equitativa al beneficio recibido.

Noveno: Que tal es también la noción aceptada por el Congreso en la ley general de expropiación de trece de setiembre de mil ochocientos sesenta y seis, al prescribir que si los bienes expropiados para ejecutar obras de utilidad nacional, no reciben este destino, puedan ser retraídos por su anterior propietario en el estado en que los enajenó y por el precio o indemnización que recibió, haciendo así de la afectación o aplicación a un uso público de los bienes expropiados, la condición absoluta del derecho de expropiación.

Décimo: Que si así no fuese, y debiese entenderse permitido y lícito a los poderes públicos, so color de utilidad común, invadir la propiedad privada más allá de lo estrictamente necesario al interés general y despojar al ciudadano de lo suyo, sustituyéndose a él en el uso y goce de sus bienes ya para someterlos a una explotación más provechosa a los intereses fiscales, ya simplemente para lucrar, vendiéndolos a terceros, con la diferencia entre el precio de compra y el de venta de los mismos, desaparecería a la vez que todo límite al derecho, aunque legítimo, exorbitante de expropiación, la garantía única contra el abuso posible de tal derecho.

undécimo: Que con tal sistema, en efecto, para ejecutar obras de utilidad pública en un extremo de la República, por ejemplo, sería permitido expropiar bienes en el otro, y atacar arbitraria e indistintamente en todos los puntos del país el sagrado de la propiedad, pues que haciendo basar el derecho de expropiación no en la afectación o aplicación material de los bienes privados a servicios u obras dadas de utilidad nacional, sino en la mayor o menor conveniencia pecuniaria de ello o en la designación discrecional y arbitraria del Poder Legislativo al respecto, no habría razón para distinguir entre las propiedades adyacentes o más o menos próximas a las obras y las situadas en los puntos más remotos de las mismas, pudiendo todas ser agredidas por igual, siempre que así se entendiese convenir a los intereses fiscales o fuese ello de la voluntad de aquel cuerpo.

Duodécimo: Que tal doctrina importaría además, no solo desnaturalizar el derecho de expropiación, haciendo de él, en oposición a los fines con que la Constitución lo consagra, una fuente ordinaria de recursos y un medio financiero inusitado y anormal, sino también cambiar las reglas asignadas por la Constitución y las leyes para la formación del tesoro público, confundiendo todas las nociones legales y sustituyendo el ejercicio de tal derecho al poder ordinario de impuesto y de contribución.

Décimo tercero: Que no es tal sin embargo, la noción de la Constitución, ni puede admitirse en el terreno de la razón y de la equidad que lo sea, porque ello constituiría en realidad, un verdadero socialismo de Estado en que este último sería todo y el ciudadano nada.

Décimo cuarto: Que haciendo aplicación práctica de estos principios a la ley de mil ochocientos ochenta y cuatro, debe reputarse por tanto, que ella, en cuanto autoriza no solo la expropiación de los terrenos necesarios a la apertura de la vía pública a que alude su testo, sino también la de las fracciones situadas a uno y otro lado de la misma, que ni son necesarias ni reclama absolutamente la ejecución de la obra, no es conforme a las limitaciones impuestas por la Constitución al ejercicio del derecho de expropiación, las cuales forman o constituyen la manera de ser y la

naturaleza propia de aquel derecho.

Décimo quinto: Que debe decidirse otro tanto, del punto de vista de los propósitos de dicha ley, que, evidentemente, no tiene en cuanto a la expropiación de las fracciones enunciadas, otro fin que el usufructo de las ganancias resultante de su enajenación, obligando al propietario a desprenderse de ellas, simplemente para que la Municipalidad las negocie.

Décimo sexto: Que así resulta con toda evidencia, de los antecedentes con que el proyecto de esa ley fue originariamente elevado por la Intendencia Municipal al Poder Ejecutivo de la Nación; de la exposición de los motivos con que el mismo fue apoyado y prestigiado por la Comisión respectiva, al tiempo de su discusión en la Honorable Cámara que lo impugnaron en su seno; y finalmente, de la resolución municipal de siete de octubre de mil ochocientos ochenta y cinco e informe que la precede, en que se alude a la conveniencia de fijar y se fija en treinta y dos metros, el ancho de la Avenida en cuestión, entre otras razones, porque así podría expropiarse mayor número de fincas y el resultado de la operación ser más ventajoso a los intereses pecuniarios comprometidos en el caso.

Décimo séptimo: Que para mayor autoridad de las anteriores correlaciones, conviene recordar que ellas tienen en su apoyo tanto la doctrina de los

expositores, como la sanción de la jurisprudencia de las Cortes Americanas de Justicia, que basadas en el derecho federal Americano, que es nuestro propio derecho constitucional, tiene importancia decisiva entre nosotros.

Décimo octavo: Que importa mencionar desde luego, por su analogía con el caso actual, entre otras, la decisión de la Corte Suprema del Estado de Nueva York en el caso de una ley de dicho Estado, autorizando la apertura de una calle en la ciudad de Albany y facultando a tal fin, la expropiación no solo de lo estrictamente necesario a dicha calle, sino de las porciones restantes de las propiedades que resultasen afectadas por ella, para ser vendidas o incorporadas en especie, al dominio municipal, según posteriormente se resolviese, caso en el cual, aquel Supremo Tribunal, decidiendo "in terminis" la cuestión pendiente ante esta Corte se expresó así:

"Si esta sanción pudiese ser entendida en el sentido solo de habilitar a la Corporación a apoderarse de las propiedades privadas con el consentimiento de sus dueños, no sería ella sin duda objetable, pero si se ha de estar a sus términos literales, los agentes locales pueden, aún rehusándolo aquellos, expropiar el todo de los lotes, no obstante que solo una parte de estos sea requerida para la obra decretada, y de este punto de vista, necesario es reconocer, la legislatura asume un poder, que con todo respeto por aquel

cuerpo, no posee ella.

Declarando la Constitución que la propiedad privada podrá ser tomada para usos públicos, implícitamente declara que no podrá serlo para usos privados: lo contrario sería violatorio del derecho natural, y aún cuando no lo fuese de la letra de la Constitución, lo sería evidentemente de su espíritu, y no podría ser sostenido como válido.

Supóngase el caso en que solo unos pocos piés, algunas pulgadas aún, fuesen únicamente necesarias del extremo de una propiedad para abrir una calle, y que una valiosa construcción existiese en el otro extremo. ¿Podría pretenderse que existe derecho para expropiar el todo de esa propiedad, consienta o no en ello su dueño? La poca o mucha extensión del sobrante no puede modificar los principios ni influir en la solución legal, y la Legislatura debe ser reputada tan incompetente para disponer de unos pocos piés, como para hacerlo de muchos acres de la propiedad privada en un tal caso". (Matter of Albany Street, 11 Wend 151).

Décimo noveno: Que en el mismo sentido y no menos importantes que el anterior, son los casos de Duun v. City Council, Harper 129; Cooper v. Williams, 5 Ohio 392, y Buckingham v. Smith, 10 Ohio 288, en el último, de los cuales especialmente, se declaró que la propiedad individual no podía

ser tomada por los poderes públicos bajo el poder de dominio eminente con el único propósito de aumentar las rentas del Estado, y que en consecuencia, en la expropiación de una corriente de agua para facilitar la apertura de un canal de navegación, no podía tomarse nada que no fuera estrictamente necesario a dicho canal, con mira de crear una renta por medio de la venta o el arriendo del uso del agua, terminando el Tribunal con estos conceptos que por su pertinencia importa transcribir:

"No conocemos ejemplo de que la propiedad particular haya sido tomada por la autoridad del Estado, simplemente con el propósito de fomentar la renta, vendiendo o disponiendo de otra manera análoga de aquello, y si tal poder existiese, sería a la verdad destructivo del derecho individual, teniendo por efecto inmediato, aniquilar todas sus garantías y suprimir las naturales distinciones entre 'lo mío y lo tuyo', a voluntad del Estado".

Vigésimo: Que acorde con estos principios de sanción general, entre otros expositores, Cooley, en su tratado Limitaciones Constitucionales, que tiene por objeto determinar las restricciones impuestas por la Constitución a la acción de los poderes públicos, condensando las opiniones de los autores y los principios reconocidos y aceptados en la jurisprudencia a este respecto, agrega en términos no menos claros y concluyentes:

"La expropiación debe ser siempre limitada a la necesidad del caso, y por consiguiente, nada más puede ser expropiado que lo que se juzgue necesario al uso especial para el que la expropiación ha sido autorizada. Cuando solo una parte de los terrenos de un particular, es requerida por las necesidades públicas; la expropiación de esta parte no justificará la del todo, aún cuando se acuerde debida compensación por ella, y desde el momento en que se extienda más allá de la porción requerida por la necesidad del caso, cesará de ser justificada ante los principios que rigen el ejercicio del derecho de dominio eminente". (5ª ed., ps. 670 a 691).

Vigésimo primero: Que a esta opinión que es también la de Story, "On the Constitution", 2 nº 1956 y de Redfield, "On the Law of Railways", 1, p. 218, nota 4ª, puede especialmente añadirse la de Sedgwick "Statutory and Constitutional Law", p. 451, el cual dice:

"La expropiación de la propiedad privada para objetos privados, es un mero abuso de los poderes de legislación. Una resolución dictada con tales propósitos, no tiene carácter de una ley y está prohibida por las ideas generales que definen y limitan las funciones de la legislatura. Un estatuto que autoriza el traspaso de la propiedad de uno a otro, sin el consentimiento del propietario, es inconstitucional y prohibido, aunque se dé una compensación. Así una Municipalidad no puede, con el objeto de hacer una

calle, tomar el todo de un lote, si solamente es indispensable una parte, y la ley debe ser interpretada como si requiriese el consentimiento del propietario respecto a la parte actualmente no necesitada, pues de otro modo, es inconstitucional y prohibida".

Vigésimo segundo: Que por consiguiente, solo por error ha podido invocarse en estos autos los precedentes americanos como favorables a la idea de un poder absoluto en el Congreso para disponer de la propiedad privada por vía de expropiación, extendiendo equivocadamente la doctrina que ellos consagran respecto de la facultad de aquel cuerpo para hacer pesar en virtud de atribuciones de otro orden el costo de las mejoras públicas sobre las propiedades con ellas beneficiadas a la expropiación misma de estas, que es denegada explícitamente y sin excepción en aquella jurisprudencia.

Vigésimo tercero: Que si no son favorables a tal idea los precedentes Americanos, no lo son tampoco los de otros países, siendo importante recordar a su respecto que si en Francia, alguna vez por una grave y fundamental derogación de las reglas comunes sobre expropiación, se ha autorizado esta en mayor extensión de la que aquellas permiten, no ha sido ello sino excepcionalmente, y toda la legislación vigente hoy, es encaminada en un sentido opuesto, no imponiendo a los propietarios el

sacrificio del abandono de su propiedad en mayor extensión que la indispensable a la obra pública que la motiva, sino cuando esta no es de posible ejecución de otro modo que por trabajos de conjunto que hagan indispensable la expropiación total (ley de trece de setiembre de mil ochocientos cincuenta, artículo trece) o cuando por consecuencia de expropiaciones llevadas a cabo para ensanche, rectificación o apertura de nuevas calles, los sobrantes de las propiedades que hayan de ocupar esta, no ofrezcan por su extensión o forma, la posibilidad de levantar en ellas construcciones higiénicas y salubres (decretos de veinte y seis de marzo de mil ochocientos cincuenta y dos; veinte y siete de diciembre de mil ochocientos cincuenta y ocho y catorce de junio de mil ochocientos setenta y seis) casos todos en los cuales, sin duda alguna, media una razón de necesidad y de conveniencia social que autoriza el procedimiento de la expropiación a su respecto. (Dufour, "De l'expropiation", números seis y siete; Block Administración de la ciudad de París, página doscientos cincuenta y siete).

Vigésimo cuarto: Que en todo caso, no son los antecedentes y prácticas de gobiernos regidos por instituciones monárquicas, que non las nuestras, y en las cuales no existe el poder político que en nuestro sistema constitucional se acuerda a los Tribunales de Justicia para juzgar de la validez de los actos legislativos, los que conviene invocar en oposición a los de la Nación que

nos ha dado el modelo de sus instituciones, esencialmente contrarias por su índole a toda idea de absolutismo en el Gobierno y más encaminadas por tanto, a la protección y conservación de los derechos individuales.

Vigésimo quinto: Que aunque se objeta que por la disposición constitucional corresponde entre nosotros al Poder Legislativo y solo a él, la calificación de la utilidad pública, y que su juicio por tanto, debe ser concluyente y decisivo al respecto, fácil es sin embargo, observar desde luego:

Que tal atribución, según se ha sentado ya en el considerando quinto, no puede entenderse derogatoria de los principios fundamentales sobre que reposa la Constitución y que constituyen la esencia de todo gobierno libre.

Que al Congreso, por consiguiente, no le es dado en el ejercicio de tal facultad, ni separarse de aquellos principios, ni prescindir de las reglas que constituyen la noción fundamental del derecho de expropiación.

Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el testo de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con

esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.

Que tal atribución, que es por otra parte un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario, que hace la Constitución, y de la naturaleza, esencialmente subordinada y limitada de este último se halla especialmente consagrada por las leyes de dieciséis de octubre de mil ochocientos sesenta y dos y catorce de setiembre de mil ochocientos sesenta y tres, la primera de las cuales declara, que: «Uno de sus objetos (de la Justicia Federal) es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales que esté en oposición con ella», y la segunda, que: «Los Tribunales y Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución, como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancionare el Congreso, los tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes... en el orden que va establecido".

Que por consiguiente, aunque no haya una línea precisa que deslinde y distinga lo que es utilidad pública de lo que no lo es, a los efectos del ejercicio del derecho de expropiación, lo cual exige, sin duda, que se acuerde en todos los casos, la mayor deferencia al juicio y declaraciones del Congreso a tal respecto, toda vez, sin embargo, que aquel cuerpo claramente exceda los límites de su atribución constitucional, los Tribunales están en el deber de ejercitar su acción en protección y garantía del derecho individual agredido y de la propiedad tomada fuera de las formas autorizadas por la Constitución.

"Que tal es la doctrina consagrada por la más alta Corte Judicial de Estados Unidos, aún en relación al poder de impuesto, que es en sí y por su naturaleza, ilimitado y mucho más amplio y discrecional que el de expropiación, habiendo dicho tribunal declarado reiteradamente, que el ejercicio de tal poder por la Legislatura en los casos de naturaleza judicial, está sujeto, como el de todos los otros poderes legislativos, al control y revisión de las Cortes de Justicia, y anulado en consecuencia, como repugnantes a la Constitución repetidos impuestos creados a objetos reputados no ser estrictamente de interés general, aunque por ellos resultase colateralmente beneficiado el público (20, Wallace's Reporte, 655; 106, United States, 485; 113, United States, 1); y finalmente:

Que en el presente caso, según antes se ha establecido, no se ha puesto en cuestión ni denegado la utilidad pública de la obra a que la precitada ley de mil ochocientos ochenta y cuatro se refiere, y no se trata por consiguiente, en rigor, de una revisión de la declaración del Congreso a tal respecto, sino propiamente de la extensión que debe ser expropiada para tal obra, o sea si debe tomarse a los particulares el trayecto solo ocupado por aquella vía pública, o también las fracciones situadas a derecha e izquierda de la misma, cualquiera que sea su extensión y aunque la línea de la calle no toque las propiedades a que pertenezcan, sino en su línea exterior o en sus revoques.

Vigésimo sexto: Que no puede deducirse un argumento serio contra estas conclusiones de la decisión anterior de este Tribunal en los casos del Procurador Fiscal de la sección de Santa Fe contra los señores Señoras y Rosas y contra don Francisco Ferré, invocados por el procurador Municipal en estos autos. Primero: porque en el caso de esos fallos, dictados con motivo de las expropiaciones que fue necesario realizar para hacer efectiva la entrega de una legua de tierras al costado de la vía del ferro-carril Central Argentino, estipulada en el contrato de construcción de dicha vía, mediaba una circunstancia que no media en el presente y que hace desaparecer toda paridad entre ellos, a saber: que la concesión de aquellas tierras fue hecha teniéndose en mira y fijándose como condición de ello, su población y

colonización para proporcionar tráfico Y vida a la vía proyectada, objetos en sí de verdadero e indisputable interés público, que justificaban legalmente la autorización conferida al Gobierno para expropiarlas; y segundo: porque cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan el juicio del Tribunal para los casos subsiguientes.

Vigésimo sétimo: Finalmente, que de todas y cada una de las precedentes consideraciones, resulta que la ley de treinta y uno de octubre de mil ochocientos ochenta y cuatro, en cuanto declara sujetos a enajenación forzosa otros terrenos, en su totalidad o en parte, que los que haya de ocupar la vía pública a que se refieren los artículos cuarto y quinto de dicha ley, es contraria a la Constitución, y no puede por lo tanto, ser acatada ni aplicada en el presente caso.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte considera que debe revocar y revoca la sentencia apelada a foja ochenta y una vuelta, y declara que no es procedente la expropiación de la finca de la demandada Isabel A. de

Elortondo, sino en la parte necesaria y que haya materialmente de ocupar la avenida a que estos autos se refieren. Repóngase el papel, notifíquese con el original y devuélvanse en oportunidad los autos. - Benjamín Victorica. - Uladislao Frias. - Federico Ibarguren. - C. S. de la Torre. - Salustiano J. Zavalía (en disidencia).

Disidencia del doctor Zavalía:

Vistos: La ley del Congreso, de treinta y uno de octubre de mil ochocientos ochenta y cuatro, que autorizó la apertura de una gran Avenida en el centro de Buenos Aires, para facilitar la circulación de su inmensa población y el tráfico de su activísimo comercio, que se hacen cada vez más difíciles por sus calles estrechas, ha sido objetada de inconstitucional por doña Isabel A. de Elortondo, cuando ha llegado el caso de proceder a la expropiación de su casa calle de Perú números catorce, diez y seis y diez y ocho, necesaria para la construcción de aquella obra.

Estando declarada por dicha ley la utilidad pública de la expropiación de todas las fincas y terrenos que resulten afectados por la apertura de la Avenida, la objeción de inconstitucionalidad se refiere a la parte de esas fincas o terrenos que no quede comprendida en el ancho de la Avenida, y que el propietario pretende conservar, alegando que esa parte no es

necesaria para la obra pública decretada, y que su expropiación teniendo por objeto revenderla para lucrar con el mayor valor que la realización de la obra ha de darle, no es un objeto de utilidad pública en el sentido de la Constitución, sino una violación del derecho de propiedad.

Esa cuestión ha sido extensa y luminosamente estudiada por el Procurador General y poco hay que agregar a los fundamentos de su vista de foja ciento dos, para dejar establecida la perfecta constitucionalidad de la ley y la inconsistencia de los argumentos aducidos contra ella.

Las leyes que dicta el Congreso tienen en general la presunción en su favor de ser conformes a la Constitución, que es la ley suprema del país, por el juramento de cumplirla que han prestado sus miembros, por la competencia que estos deben tener para el ejercicio de la misión soberana del legislador, por la larga tramitación, detenido estudio y discusión que precede a su sanción, y por la ilustración de los miembros del Poder Ejecutivo que concurre a ella y que han prestado el mismo juramento.

Pero si hay un caso especial en que esa presunción adquiere doble fuerza y excluye hasta la posibilidad del error, ese caso es el presente, en que se trata de una ley de progreso y de utilidad común, extraña a la política, en que las pasiones y los intereses de partido no han entrado para nada, que ha sido

detenidamente estudiada, ampliamente debatida, y dos veces sancionada, pues es sabido que pedida recientemente su derogación, no por razón de inconstitucionalidad sino en vista de otros proyectos más vastos, el Congreso la negó con el aplauso unánime de la opinión.

¿Por ventura la Municipalidad, el Congreso, el Gobierno Nacional, todos han estado ciegos o tan ofuscados por el error que no se han apercibido de que sancionaban una ley monstruosa que envuelve una violación del derecho de propiedad.

No; han procedido conscientemente con la convicción de no contrariar ningún precepto constitucional, ni violar derecho alguno; siguiendo la huella de otros Congresos y otros Gobiernos de la República Argentina y ajustándose a la jurisprudencia establecida sobre la materia por repetidos fallos de su Corte Suprema.

Sin embargo, la concesión se hizo y la Corte Suprema la declaró constitucional; de manera que si en el presente caso la ley fuese declarada inconstitucional, habría que agregar a la lista de los Poderes Públicos de mil ochocientos ochenta y cuatro y mil ochocientos ochenta y siete que violaron

la Constitución, el Congreso del Gobierno de mil ochocientos cincuenta y cinco y de mil ochocientos sesenta y tres, y la Corte Suprema de mil ochocientos sesenta y siete y mil ochocientos sesenta y ocho, donde figuraban los hombres más eminentes del país y los autores mismos de la Constitución.

Pero admitamos como posible tan extraño fenómeno y examinemos la ley de que se trata, a la luz de los principios constitucionales que rigen en la materia.

El artículo diez y siete de la Constitución consagra en estos términos la inviolabilidad de la propiedad, estableciendo formas protectoras para garantirla y reglas seguras para fijar sus limites, en relación con el dominio eminente del Estado : "la propiedad es inviolable, nadie puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley; la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada".

Es con esta prescripción fundamental que hay que confrontar la ley de que se trata, para saber si es o no constitucional.

Desde luego, hay que observar que no se trata de privación de la propiedad y que por consiguiente no es necesaria la senten-cia fundada en ley ; se trata

de expropiación por causa de utilidad pública y entonces basta que esta sea calificada por ley y previamente indemnizada.

Ambas condiciones concurren en el presente caso; la expropiación de las fincas o terrenos que resulten afectados por la apertura de la Avenida, ha sido calificada como de utilidad pública por la ley y va a ser previamente indemnizada. Y es oportuno observar, a fin de evitar erróneas interpretaciones, que no es la apertura de la Avenida lo que la ley declara de utilidad pública; en su artículo cuarto autoriza la apertura de la Avenida y en el quinto declara de utilidad pública la expropiación de los terrenos que resulten afectados por ella.

Pero se objeta que esa calificación es errónea por ser excesiva, que solo el terreno comprendido en la extensión de la Avenida es necesario, y que no hay necesidad ni utilidad pública que justifique la expropiación de los sobrantes de las propiedades que resulten afectadas por su apertura.

Esto es exigir una nuevo requisito para la expropiación, que no ha establecido la Constitución.

¿Quién ha de juzgar si la calificación de utilidad pública hecha por la ley es errónea o excesiva?

Son los Tribunales, según se pretende; luego a más de la calificación y la indemnización previa, se requiere sentencia de juez que declare acertada y justa la disposición de la ley.

Pero esto es alterar el texto constitucional y olvidar los principios más elementales de la administración de justicia.

No es dado a los jueces juzgar de la justicia de las leyes; pueden bajo nuestro régimen constitucional juzgar de su constitucionalidad; pero no habiendo en la Constitución cláusula alguna que defina lo que debe entenderse por utilidad pública y hasta dónde se extiende, el juicio de los jueces declarando que no hay utilidad pública allí donde la ley ha declarado que la hay, no es un juicio sobre la constitucionalidad de la ley, sino sobre su acierto, sobre su justicia: la ley declara "esto es necesario para el bien común", y el juez dirá: "el Congreso se equivoca, esto no es necesario y es injusto expropiar más de lo necesario".

Pero no es al criterio de los jueces a quien la Constitución ha librado el discernimiento de las necesidades públicas y el cuidado de proveer a ellas, sino al criterio del Congreso y del Poder Ejecutivo: calificada por ley, dice la Constitución, no "calificada por sentencia", como habría sido necesario

que se dijese para que los jueces estuviesen llamados a juzgar si hay o no utilidad pública allí donde la ley la ha declarado; y es muy significativo el uso de los términos empleados en el artículo diez y siete de la Constitución para excluir la intervención de los jueces en el ejercicio de esa facultad: para la privación de la propiedad, requiere sentencia fundada en ley, y para la expropiación, a renglón seguido, requiere solo utilidad pública "calificada por ley", es decir, juzgada en cada caso por el Congreso y el Poder Ejecutivo.

La ley de expropiación, de setiembre de mil ochocientos sesenta y seis, así lo ha establecido, reglamentando el ejercicio de esa facultad constitucional y así lo ha resuelto esta Suprema Corte en fallos memorables, que han hecho jurisprudencia y tienen una autoridad decisiva en la materia: «esas leyes, ha dicho esta Corte, no pueden ser objetadas, ni discutida su constitucionalidad ante los Tribunales, por razón de error en la calificación, porque el artículo diez y siete de la Constitución, disponiendo en su inciso segundo, que la expropiación sea autorizada por ley, libra a la discreción exclusiva del Congreso el juicio sobre la utilidad pública en los casos ocurrentes.

Un escritor y jurisconsulto notable, argentino, es verdad, ha sostenido lo contrario, pretendiendo primero, que esa resolución se limita "á separar de su conocimiento la apreciación de la utilidad pública, pero de ninguna

manera la aplicación que de ella deba hacerse sobre la propiedad particular"; y segundo, que si la Suprema Corte hubiera sancionado lo que se pretende, habría incurrido en error, porque es un error suponer que la Constitución ha establecido la omnipotencia del Congreso, y la impotencia de la Corte para defenderla ante la opinión de uno de los poderes del Gobierno Federal. (Amancio Alcorta, "Avenidas y expropiaciones").

Lo primero, es insostenible en presencia del texto tan explícito terminante de la sentencia referida; no es la apreciación en abstracto de la utilidad pública, sino la apreciación en concreto, aplicada a la propiedad particular en los casos ocurrentes, lo que según ella ha librado la Constitución a la discreción exclusiva del Congreso.

Lo segundo, es una aventurada afirmación, fundada en un argumento que no prueba nada a fuerza de probar demasiado.

Hay muchos poderes conferidos por la Constitución al Congreso en cuyo ejercicio no intervienen para nada los Tribunales; los que sería necesario subordinar al juicio de la Corte, según esa manera de argumentar, para no caer en la omnipotencia del Congreso, que se presenta. como un fantasma a la imaginación asustadiza de los propietarios.

Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, fijar anualmente el presupuesto de gastos de la Nación, legislar sobre aduanas, imponer contribuciones directas, declarar la guerra o hacer la paz, son poderes del Congreso cuyo ejercicio está librado a su prudencia y sabiduría, mucho más importantes que el de autorizar la expropiación por causa de utilidad pública; y sin embargo, a nadie se le ha ocurrido ni aún so pretexto de defender la propiedad, la libertad y aún la vida del ciudadano contra la omnipotencia del Congreso, que los Tribunales pudieran rever sus actos para averiguar si la justicia ha sido bien consultada en los códigos que dictó, si las penas establecidas para los delitos son excesivas, o si las contribuciones impuestas son necesarias para la defensa y seguridad del Estado.

No; la Suprema Corte no ha estado en error al hacer tal declaración sino en la verdadera doctrina constitucional, y en esto ha estado de acuerdo con la jurisprudencia establecida por las Cortes Federales de Estados Unidos, no obstante ser la Constitución Americana al respecto menos explícita que la nuestra, pues es menos el uso público que la utilidad pública.

"El poder del Gobierno respecto a mejoras públicas, han dicho aquellos Tribunales, es un poder soberano. Corresponde a la sabiduría del Congreso determinar cuándo y de qué manera requieren su ejercicio las necesidades

públicas, y con el razonable ejercicio de aquella facultad, los Tribunales no intervienen". (Suvan v. Williams, 2 Mich. 427; Avery v. Fox, 1 Abbott C. C., 246).

"La constitucionalidad del derecho, no está medida por el importe o grado preciso del beneficio público a conferirse.

Siempre que haya interés público, "aunque sea aparente", para sostener una ley, el Poder Legislativo o la persona o cuerpo subordinado que él puede designar, es el único juez competente de su necesidad. La cuestión en todos estos casos no es de si la ley es indispensable, sino si puede ser útil y conveniente (Newoemb v. Smith; Chand, 71». Véase Decisiones Constitucionales de los Tribunales Federales, por Nicolás A. Calvo, tomo segundo, página trescientos cuatro).

Y si los Tribunales de Estado se han creído autorizados para intervenir en cuestiones de esta naturaleza, es por excepción "en casos de palpable e injustificable abuso de poder o cuando la evidencia de una separación de la regla para el uso público está manifiesta sobre la faz del acto", como se resuelve en el caso últimamente citado y porque ni en la Constitución de Estados Unidos ni en la de los Estados, se ha establecido como en la nuestra, que la expropiación por causa de utilidad pública sea calificada por

ley.

Se ha invocado también contra la autoridad Cooley y una sentencia de la Corte de Estado de Nueva York que declaró inconstitucional una ley que disponía "que siempre que una parte solamente de un lote o fracción de tierra fuese requerida para los propósitos de una calle de ciudad, si los comisionados para asignar compensaciones estimasen conveniente incluir la totalidad del lote en la asignación, tendrían poder para hacerlo".

Pero es una pretensión cuando menos extravagante la de atribuir mayor autoridad a una sentencia de una Corte de Estado, que a dos sentencias de la Corte Suprema de la República Argentina y otras dos de las Cortes de Circuito de los Estados Unidos; siendo además de notar la diferencia considerable que hay entre librar al juicio de comisionados, si se ha de expropiar una parte o la totalidad del lote, o que este punto sea resuelto directamente por el Congreso, al declarar la utilidad pública de la expropiación.

Y en cuanto a la opinión de Cooley, es verdad que este autor sostiene "que cuando una parte solamente de la propiedad es necesitada por el público, la necesidad de la apropiación de esa parte no justificará la toma del todo, aunque se dé una compensación por ello; y que desde el momento en que la

apropiación va más allá de la necesidad del caso, cesa de estar justificada por los principios que sirven de fundamento al derecho de dominio eminente".

P

Pero esta no es una opinión, sino un principio sobre el cual todos están de acuerdo y que el legislador debe tener presente cuando va a ejercer el poder de expropiación.

En cuanto a la autoridad competente para juzgar de la necesidad, la opinión de Cooley está de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema.

"La autoridad para determinar en cada caso, dice, si es necesario permitir el ejercicio de este poder, debe quedar con el Estado mismo; y la cuestión es siempre una, de carácter estrictamente político, no requiriendo audiencia alguna sobre los hechos, ni determinación alguna judicial.

Sin embargo, cuando un trabajo de adelanto, de importancia local solamente, se tiene en vista, cuya necesidad debe ser determinada en vista de los hechos que los habitantes de la vecindad deben suponerse en aptitud de entender mejor, la cuestión de necesidad es generalmente referida a algún

Tribunal local, y puede aún ser sometida a un jury para que la resuelva sobre evidencia.

Pero las partes interesadas no tienen derecho alguno constitucional para ser oídas sobre esta cuestión, a menos que la Constitución del Estado clara y expresamente se lo reconozca y lo provea.

En principios generales, la decisión final queda en el departamento legislativo del Estado; y si la cuestión es referida a algún Tribunal para ser juzgada, la referencia y la oportunidad para ser oído, son materia de favor y no de derecho.

El Estado no está sujeto a obligación alguna de hacer provisión para una contestación judicial sobre esa cuestión". ("Constitutional limitations", página seiscientos sesenta y ocho). Cita en apoyo de esta doctrina numerosas resoluciones de los Tribunales de Estado y trascribe "in extenso" la del caso de People v. Smith, 21, Nueva York, 595, de la cual conviene copiar aquí los siguientes párrafos:

"La necesidad de apropiarse la propiedad para el uso del público o del Gobierno, no es una cuestión judicial. El poder reside en la legislatura. Puede ser ejercido por medio de un estatuto que de una vez designe las

propiedades a ser apropiadas y el objeto de la apropiación, o puede ser delegado a oficiales públicos, o como se ha hecho repetidas veces, a corporaciones privadas, establecidas para llevar a cabo empresas en que el público está interesado. No hay restricción a este poder, excepto aquella que requiere la compensación que debe darse.

"Y allí donde el poder es cometido a oficiales públicos, es objeto de discreción legislativa determinar qué reglas prudenciales deben ser establecidas para asegurar un discreto y juicioso ejercicio de la autoridad. La provisión constitucional asegurando el juicio por jurado en ciertos casos, y aquella que declara que ningún ciudadano será privado de su propiedad sin el debido proceso de ley, no tienen aplicación al caso. El juicio por jurado solo puede ser reclamado como un derecho constitucional, allí donde la cuestión es de carácter judicial".

"El ejercicio del derecho de dominio eminente descansa en el mismo terreno que el poder de imponer. Ambos son emanaciones del poder de hacer la ley. Son los atributos de la soberanía política, para cuyo ejercicio la legislatura no está en la necesidad de dirigirse a las Cortes. Al establecer un impuesto, o al apropiarse la propiedad de un ciudadano o de una clase de ciudadanos para objetos públicos, con una provisión adecuada para compensación, el acto legislativo es el debido proceso de ley, etc. La apropiación de la

propiedad es un acto de administración pública, y la forma y manera de ejecutarse es tal cual la legislatura en su discreción lo prescribe."

La ley ha juzgado en el caso presente necesaria la apropiación de la totalidad de las fincas afectadas por la Avenida; ese juicio no puede ser revisado por los Tribunales, ni el criterio de estos puede sobreponerse al criterio del Congreso, y esto basta para dar por resuelta la cuestión de constitucionalidad.

Pero quiero suponer que esté en las facultades de la Corte revisar la calificación de la ley, y veamos a la luz de la razón y del buen sentido, puesto que no hay leyes que definan lo que debe entenderse por utilidad pública, si esta ha sido o no consultada en esa calificación.

Desde luego no puede desconocerse que hay utilidad y provecho evidente en apropiarse las fincas que van a quedar con frente a la Avenida, por el mayor valor que van a adquirir los fondos de las casas actuales transformados en frentes sobre la más central y la más hermosa de las calles.

Tampoco puede negarse que esa utilidad es de carácter público, porque es la Municipalidad y no un simple particular quien va a aprovechar de ella.

Pero esto es una especulación, se dice, en que se buscan ganancias con la propiedad privada, y la utilidad pública a que se refiere la Constitución, no puede convertirse en un negocio ni en propósito de renta, sin desnaturalizarla.

La objeción tendría fuerza y sería muy atendible, si la disposición de la ley tuviera efectivamente por objeto especular con el mayor valor que la tierra va a adquirir con la obra pública a ejecutarse, en beneficio del tesoro municipal.

Pero no es así, y es fácil demostrar que la ley ha sido inspirada por elevados propósitos de equidad, de justicia y de conveniencia pública.

No son conocidos los presupuestos de la obra, pero no es aventurado afirmar, dado el valor actual de la propiedad en Buenos Aires, que la apertura de la Avenida no costará menos de doce millones de pesos al municipio, calculando, a razón de un millón, término medio, por cuadra.

El resultado inmediato de esa obra, tal vez será duplicar y triplicar el valor de los fondos de las casas actuales, convertidos en frentes a la Avenida; ese mayor valor creado por la Municipalidad a costa de tan enorme gasto, no pertenece al propietario sino al municipio; justo es entonces que el

municipio lo tome, y este es uno de los objetos de la expropiación total de las fincas afectadas por la Avenida, para revender los sobrantes.

¿0 se pretende por ventura que ese mayor valor pertenece de derecho al propietario? La ley general de expropiaciones lo niego expresamente, y en esto está de acuerdo con todas las leyes de la materia, al disponer "que el valor de los bienes debe regularse por el que hubieren tenido si la obra no hubiese sido ejecutada ni aún autorizada".

Renunciar a ese mayor valor en favor del propietario, es imponer al municipio un enorme sacrificio, que nada justificaría y que sus recursos no se lo permiten.

Si es posible llevar a ejecución una obra de tal magnitud, es porque la hace posible el mayor valor que han de tomar los sobrantes de las fincas expropiadas, los que vendidos en remate han de reembolsar a la Municipalidad gran parte de su costo. Sin ese recurso la obra sería irrealizable y seguramente nadie habría pensado en ella.

Pero suponiendo que lo fuera, su realización escollaría en un inconveniente de otro género no menos insuperable: no habría equidad en hacer pesar sobre la comunidad el costo de la obra, para enriquecer a los afortunados

propietarios de un barrio, pagándoles generosamente el valor del terreno que se les expropiase y triplicando el valor de sus propiedades por el frente que se les daría de balde sobre la Avenida.

¿Podría la Municipalidad tomar en otra forma el valor creado por ella y evitar estos inconvenientes?

El sistema de las cotizaciones responde a ese propósito, imponiendo a cada propietario la cuota con que ha de contribuir al costo de la obra; este camino está abierto por la ley y por la ordenanza reglamentaria, en la única forma en que es realizable en la práctica, esto es, por el acuerdo de los propietarios de cada manzana, y ya se ha hecho en alguna; pero impuesto por la autoridad como solución única del problema, ofrece tantas y tan grandes dificultades que parece impracticable por falta de una base cierta y segura para determinar con equidad el monto de cada cuota en relación de la obra, al valor actual de cada terreno y al mayor valor que han de adquirir.

En presencia de esas dificultades, el Congreso ha optado por la expropiación como el medio que mejor consulta la equidad y la conveniencia pública.

Habría podido expropiar todas las manzanas por cuyo centro ha de cruzar la Avenida, como se ha hecho en Francia donde la expropiación por zonas y

por barrios enteros se ha practicado sin resistencia y con excelente resultado; pero ha procedido con prudencia y moderación limitando el ejercicio del derecho de expropiación a lo estrictamente necesario.

Se dice que la expropiación por zonas solo se ha admitido como legítima para trabajos de conjunto, sin definir con precisión lo que por tales trabajos debe entenderse; pero si disecar un pantano y sanear un barrio insalubre, son trabajos de conjunto, no lo es menos la Avenida decretada, que abriendo una ancha vía en la parte más antigua y densamente poblada de la ciudad, responde a propósitos de higiene, de viabilidad y de embellecimiento y requiere trabajos múltiples y complicados.

Otra consideración de conveniencia y utilidad pública concurre a justificar la expropiación total de las fincas afectadas por la Avenida, y es la de poder entregar nuevamente al dominio privado los sobrantes sujetos a restricciones y condiciones a que no se hallan actualmente sometidos.

Cuando se emprenden obras de esta clase, destinadas entre otros objetos al embellecimiento de una gran ciudad y a la comodidad de sus habitantes, no se puede librar a la voluntad de los dueños de las propiedades adyacentes que edifiquen como quieran, y a este propósito responde el artículo sexto de la ordenanza reglamentaria, imponiendo la obligación de presentar a la

aprobación de la oficina de Obras Públicas, los planos respectivos, a fin de que las fachadas se ajusten en lo posible a un mismo plano arquitectónico.

"Si el interés público, dice Kent, puede en alguna manera ser promovido por la toma de la propiedad privada, debe quedar a la sabiduría de la Legislatura determinar si el beneficio para el público ha de ser de suficiente importancia para autorizar el ejercicio del derecho de dominio eminente". Y el mismo Cooley, que solo admite con reserva esta regla, no puede menos de reconocer "que el término uso publico como es empleado en la ley de dominio eminente, tiene un significado muy controlado por la necesidad, y en alguna manera diferente del que lleva generalmente"; y cita en su apoyo una decisión de la Corte de Michigan en que se establece esta doctrina: "Si se examina a fondo la materia, se encontrará que la consideración más importante en el caso del dominio eminente, es la necesidad de realizar algún bien público que de otra manera es impracticable; y se encontrará también que la ley, no tanto mira a los medios, como a la necesidad". ("Constitutional limitations", página seiscientos sesenta y cinco).

En el caso presente, la sabiduría del Congreso Argentino ha juzgado que el beneficio que la Avenida de Mayo ha de reportar al público, es de suficiente importancia para autorizar la expropiación de las fincas afectadas por ella; y la necesidad de esa expropiación se halla justificada como el único medio de

hacerla practicable, no solo bajo el punto de vista de su costo y de los recursos municipales, sino bajo el punto de vista de la justicia y de la equidad, que no permite que unos propietarios sean enriquecidos con el sacrificio de los demás.

Kelsen, Hans 1890. "*Teoría pura del derecho. Introducción a la Ciencia Jurídica"*. Editorial EUDEVA.
Bianchi, Alberto B. 1992. "*El control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucional"*. Editorial ABACO.
Gelli, María Angélica 2006. *"Constitución de la Nación Argentina"*. Editorial LA LEY.
Bidart Campos, Germán 1995 *"El derecho de la constitución y su fuerza normativa"*. Editorial EDIAR.
Bidart Campos, Germán 2004.*"Tratado elemental de derecho constitucional"*. Tomo II- B Editorial EDIAR.
Bidart Campos Germán J. 1999. *"Manual de la Constitución Argentina"*, Edirorial EDIAR.

GIL Dominguez, Andrés. *"El caso Fayt: Una polémica bisagra en los alcances del control de constitucionalidad de la reforma constitucional*"
Sabsay, Daniek Alberto. *"El control de constitucionalidad de la reforma en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina*". Anuario Iberoamericano de la Justicia Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales y políticos de Madrid.
Ibarlucía, Emilio. "*Control Judicial de la validez de una cláusula constitucional"*.
Ekmekdjian, Miguel Angel 1999. *"El control de constitucionalidad de la reforma constitucional"*. Editorial LA LEY.
Ekmekdkian, Miguel Ángel 1995. *"Tratado de Derecho Constitucional*", Editorial Depalma
Linares Quintana, Segundo V. *"¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional?"*. Editorial LA LEY.
Sagués, Nestor Pedro 2003 .*"Elementos de Derecho Constitucional*". Editorial ASTREA.
Quiroga Lavié, Humberto 2003. *"Constitución de la Nación Argentina comentada"*. Editorial ZAVALIA.
Marshall, John, *en el caso "Marbury v. Madison*", SCEstados Unidos, 1803/02/04, publicado por La Ley "Suplementos Universitarios",
Colautti, Carlos E., *"Antecedentes de la Constitución Nacional*", Editorial Abeledo Perrot.
Russo, Eduardo Angel 1996. "*Teoría General del Derecho",* Editorial Abeledo Perrot
Fayt Carlos S., "*Supremacía Constitucionalidad e independencia de los Jueces"*.
Vanosi, Jorge Reinado A., "*Teoría Constitucional",* Tomo II, Editorial. Depalma, Buenos Aires.
Jiménez Eduardo Pablo "*Derecho Constitucional Argentino*", Tomo I

APENDICE

MARBURY v. MADISON

(1803)

Antes de transcribir la opinión de la Corte, el relator sintetizó brevemente los antecedentes del caso, del siguiente modo:

"En el último período, esto es, diciembre de 1801, William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper, a través de su abogado Charles Lee ex ministro de Justicia de los EE.UU. solicitaron al Tribunal que ordenara a James Madison manifestar las causas por las cuales la Corte debería abstenerse de exigirle la entrega de los nombramientos a los demandantes donde se los designaba jueces de paz del Distrito de Columbia. Esta petición fue apoyada en testimonios (incluyendo uno del hermano de John Marshall – James -) de los siguientes hechos: Que el señor Madison estaba enterado de esta petición y que el señor Adams, ex presidente de los EE.UU., elevó al Senado las nominaciones de los candidatos para ser

designados en tales cargos; que el Senado aconsejó y consintió estas designaciones; que las correspondientes designaciones formales nombrándolos jueces fueron firmadas por el presidente y, finalmente, que el sello de los EE.UU. estaba puesto en debida forma en tales designaciones por el entonces secretario de Estado (John Marshall); que los solicitantes habían pedido al señor Madison les entregara tales nombramientos con resultado negativo y que dichas designaciones les fueran retenidas.

Sobre estas bases, fue emitida una orden para que el secretario de Estado “diera cuenta de las causas que motivaron su conducta".

Posteriormente, el 24 de febrero de 1803, la Corte emitió la siguiente opinión conducida por el voto del presidente John Marshall:

"Durante el último período la Corte expidió una orden para que el Secretario de Estado exhibiera los motivos por los cuales se le denegaba a William Marbury la entrega de su designación como juez de paz del Condado de Washington, Distrito de Columbia. No se han dado razones de tal proceder y, ahora, la petición se dirige a obtener de la Corte un mandamiento que haga efectiva la entrega de dichos nombramientos.

Lo particularmente delicado de este caso, la novedad de algunas de sus circunstancias, y la verdadera dificultad que encierran los puntos contenidos en el mismo, requieren una exposición completa de los fundamentos que sostienen la opinión que dará esta Corte.

Según el orden seguido en el análisis del caso, la Corte ha considerado y decidido las siguientes cuestiones:

1) ¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda?,

2) Si lo tiene, y si ese derecho ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a esa violación?

3) Si lo proveen, ¿es dicho remedio un mandamiento que corresponda a esta Corte emitir?

La primera cuestión es: ¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda?

Es decididamente la opinión de esta Corte que, cuando un nombramiento ha sido firmado por el presidente la designación debe considerarse hecha; y que la misma es completa cuando tiene el sello de los EE.UU. puesto por el

secretario de Estado.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que su nombramiento fue firmado por el presidente y sellado por el secretario de Estado, el señor William Marbury está designado; y como la ley que crea el cargo dio al funcionario (Marbury) el derecho de ejercerlo por cinco años, en forma independiente del Ejecutivo, el nombramiento es irrevocable por conferir al funcionario designado derechos legítimos que están protegidos por las leyes de su país.

La retención de su nombramiento, es por lo tanto, un acto que la Corte considera no respaldado por la ley y por ello violatorio de legítimos derechos adquiridos.

Esto nos conduce a la segunda cuestión: Si el derecho existe y ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a esa violación?

La esencia misma de la libertad civil consiste, ciertamente, en el derecho de todo individuo a reclamar la protección de las leyes cuando ha sido objeto de un daño.

Uno de los principales deberes de un gobierno es proveer esta protección.

El gobierno de los EE.UU. ha sido enfáticamente llamado un gobierno de leyes y no de hombres. Tal gobierno, ciertamente, dejaría de merecer ese alto calificativo si las leyes no brindaran modos de reparar la violación de un derecho legítimamente adquirido.

Si tal cosa fuera a suceder en la jurisprudencia de nuestro país, ello sólo podría deberse a las especiales características del caso.

Nos corresponde, por lo tanto, preguntarnos si existe en este caso algún ingrediente que lo exima de investigaciones o que prive a la parte perjudicada de reparación legal. ¿Está dicho elemento presente en el caso? ¿Constituye – el acto de entregar o retener una designación escrita un mero acto político reservado al Departamento Ejecutivo para cuyo cumplimiento nuestra Constitución ha depositado la total confianza en el Ejecutivo supremo, de modo que cualquier conducta desajustada a su respecto no tenga prevista la consecuente reparación para el caso que dañe a un individuo?

Sin duda, tales casos pueden existir. Pero que cada deber asignado a algunos de los grandes departamentos del Poder Ejecutivo constituya uno de estos casos es, sin duda, inadmisible.

De ello se sigue, por lo tanto, que el examen de la legalidad de los actos de los titulares de las reparticiones dependientes del Ejecutivo, depende, en cada caso, de la naturaleza del acto.

Por la Constitución de los EE.UU., el presidente está investido de algunos importantes poderes políticos cuyo ejercicio está librado a su exclusivo arbitrio, y por el cual es sólo responsable ante el pueblo, desde el punto de vista político, y ante su propia conciencia.

Para colaborar con él en el cumplimiento de sus funciones, puede designar funcionarios que actúen bajo su autoridad y de conformidad con sus órdenes. En estos casos, los actos de los funcionarios son los actos del presidente, y sea cual fuere la opinión que pueda merecer el modo en que el Ejecutivo utiliza sus poderes discrecionales, no existe ni puede existir poder alguno que los controle. Las materias son políticas, atañen a la Nación, no a derechos individuales, y habiendo sido confiadas al Ejecutivo, la decisión del Ejecutivo es terminante.

Lo dicho está claramente ejemplificado en la creación legislativa del Ministerio de Relaciones Exteriores. El ministro de Relaciones Exteriores debe desempeñarse, desde que su función es creación legislativa, precisamente de conformidad con la voluntad del presidente. Es meramente el órgano a través del cual se transmite la voluntad del presidente. Los actos de ese funcionario, en su calidad de tal, no pueden ser nunca examinados por los tribunales.

Pero cuando el Congreso impone a ese funcionario otras obligaciones; cuando se le encomienda por ley llevar a cabo ciertos actos; cuando los derechos de los individuos dependen del cumplimiento de tales actos, ese funcionario deja de ser funcionario del presidente para convertirse en funcionario de la ley; es responsable ante las leyes por su conducta y no puede desconocer a su discreción los derechos adquiridos de otros.

La conclusión de este razonamiento es que cuando los titulares de los departamentos actúan corno agentes políticos o confidenciales del Ejecutivo y no hacen más que poner en práctica la voluntad del presidente, en aquellos casos en que éste posee poderes discrecionales legal o constitucionalmente conferidos, nada puede resultar más claro que el control de tales actos sólo puedo ser político. Pero cuando se les asigna por ley una obligación determinada de cuyo cumplimiento depende la vigencia de derechos individuales, parece igualmente claro que todo aquel que se considere perjudicado por el incumplimiento de tal clase de obligaciones tiene derecho

a recurrir a las leyes de su país para obtener una reparación. Es por lo tanto la opinión de esta Corte que Marbury tiene derecho a su nombramiento y que la negativa a entregárselo constituye una clara violación de ese derecho frente a la cual las leyes de su país brindan un remedio.

Resta considerar ¿le corresponde el remedio que solicita? Ello depende de: a) la naturaleza de la medida que solicita, y b) el poder de esta Corte.

Si la medida solicitada fuera concedida, debería dirigirse a un funcionario del gobierno, y el contenido de la misma consistiría, usando las palabras de Blackstone, en "una orden de hacer algo en particular allí especificado, que atañe a su cargo y deberes y que la Corte ha determinado previamente, o al menos, supuesto, que es correcto y ajustado a derecho". 0 bien, en las palabras de Lord Mansfield, el solicitante, en este caso, tiene "un derecho a ejecutar un cargo de interés público, y es privado de la posesión de ese derecho". Estas circunstancias ciertamente se dan en este caso.

Pero para que el mandamiento - la medida solicitada - surta los efectos deseados, debe ser enviada a un funcionario al cual pueda serle dirigida, sobre la base de los principios legales; y la persona solicitante de la medida debe carecer de otro recurso legal específico.

Respecto del funcionario al cual se dirigiría la medida, la íntima relación política que existe entre el presidente de los EE.UU. y los titulares de los ministerios hace particularmente fastidiosa y delicada cualquier investigación legal de sus actos, y hasta puede dudarse de que corresponda llevar a cabo tales investigaciones. Es común que la gente en general no reflexione ni examine a fondo las impresiones que recibe y, desde tal punto de vista, no sería conveniente que en un caso como éste se interprete la atención judicial del reclamo de un particular como una forma de intromisión en la esfera de prerrogativas exclusivas del Poder Ejecutivo.

No es necesario que la Corte renuncie a toda su jurisdicción sobre tales asuntos. Nadie sostendría tan absurda y excesiva extravagancia ni por un momento. La competencia de la Corte consiste, únicamente, en decidir acerca de los derechos de los individuos y no en controlar el cumplimiento de los poderes discrecionales del presidente o sus ministros, Los asuntos, que por su naturaleza política o por disposición constitucional o legal, están reservados a la decisión del Ejecutivo, no pueden estar sometidos a la opinión de la Corte.

Pero si no se tratara de un asunto de tal naturaleza; si, lejos de constituir una intrusión en los asuntos propios del gabinete, estuviera únicamente

vinculado con un papel cuya obtención la ley permite sólo a condición del pago de 10 centavos; si ello no supusiese intromisión alguna en materias sobre las cuales se considera al Ejecutivo como no sujeto a control alguno; ¿qué habría en la alta condición del funcionario que impidiera a un ciudadano reclamar sus derechos ante un tribunal de justicia, o que prohibiera a éste atender el reclamo, o expedir una orden mandando el cumplimiento de una obligación no dependiente de los poderes discrecionales del Ejecutivo, sino de actos particulares del Congreso y de los principios generales del derecho?

Si uno de los titulares de los departamentos de Estado comete un acto ilegal amparándose en su cargo, dando lugar a un reclamo de un ciudadano afectado, no puede sostenerse que su cargo, por sí solo, lo exima de ser juzgado por el procedimiento ordinario y obligado a obedecer el juicio de la ley. ¿Cómo podría entonces su cargo exceptuarlo de la aplicación de este modo particular de decidir acerca de la legalidad de su conducta si el caso no reviste diferencia alguna con cualquier otro en el cual un individuo común sería procesado?

No es por el cargo que tenga la persona sino por la naturaleza de aquello que se le ordene hacer que se juzgará la pertinencia del mandamiento. Cuando un ministro actúa en un caso en que se ejercen los poderes discrecionales del Ejecutivo y donde el funcionario actúa como mero órgano de la voluntad del presidente, correspondería rechazar sin la menor duda todo pedido a la Corte para que ejerza un control de tal conducta a cualquier respecto. Pero cuando la conducta del funcionario es encomendada por la ley, de modo tal que su cumplimiento o incumplimiento afecte los derechos absolutos de los individuos, la cual no se encuentra bajo la dirección del presidente y no puede presumirse que éste la haya prohibido, como por ejemplo registrar un nombramiento o un título de propiedad que ha cumplido todas las formalidades de la ley, o entregar una copia de tales registros; En esos casos, no se advierte sobre qué bases los tribunales de la Nación podrán estar menos obligados a dictar sentencia que si se tratara de funciones atribuidas a otro individuo que no fuese ministro.

Éste, por lo tanto, es un claro caso en el que corresponde emitir un mandamiento, sea de entrega de la designación o de una copia de la misma extraída de los registros correspondientes, quedando entonces, por resolver, una sola cuestión: ¿puede la Corte emitir ese mandamiento?

La ley por la que se establecen los tribunales judiciales en los EE.UU. autoriza a la Corte Suprema a emitir mandamientos, en casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier

tribunal o persona designado en su oficio bajo la autoridad de los EE.UU.

Siendo el secretario de Estado un funcionario bajo la autoridad del gobierno de los EE.UU., se encuentra precisamente comprendido en las previsiones de la ley precitada; y si esta Corte no está autorizada a emitir una orden de ejecución a tal funcionario, sólo puede ser a causa de la inconstitucionalidad de la ley, incapaz por ello, de conferir la autoridad y de asignar las obligaciones que sus palabras parecen conferir y asignar. La Constitución deposita la totalidad del Poder Judicial de los EE.UU. en una Corte Suprema y en tantos tribunales inferiores como el Congreso establezca en el transcurso del tiempo. Este poder sea extiende expresamente al conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por las leyes de los EE.UU. y, consecuentemente, de algún modo puede extenderse al presente, caso ya que el derecho invocado deriva de una ley de los EE.UU. Al distribuir este poder la Constitución dice: 'En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación”

El texto completo de la sección 13 de la ley de organización de la justicia de 1789 (Judiciary Act of 1789):

"y promúlguese, que la Corte Suprema tendrá jurisdicción exclusiva en todas las controversias de naturaleza civil en las que un estado fuere parte, salvo entre un estado y sus ciudadanos; Y salvo también entre un estado y ciudadanos de otros estados o extranjeros, en cuyo caso tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva. Ejercerá también jurisdicción exclusiva en todo juicio o procedimiento contra embajadores, u otros ministros públicos, miembros de su familia o sus empleados domésticos, siempre que pueda intervenir como tribunal de justicia conforme al derecho internacional; y tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva en todas aquellas causas, u otros ministros públicos, o aquellas en las que un cónsul, o vicecónsul, fuere parte. El juzgamiento de cuestiones de hecho ante la Corte Suprema en todas las causas contra ciudadanos de los EE.UU. se llevará a cabo por jurados. La Corte Suprema también tendrá jurisdicción por apelación de los tribunales de circuito y las cortes de los estados, y en los casos específicamente mencionados aquí; y tendrán el poder de mandar órdenes a los tribunales de almirantazgo, y mandamientos, en casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier tribunal o persona designado en su oficio bajo la autoridad de los EE. UU.

El texto completo del art. 3º de la Constitución de los EE.UU. es el

siguiente:

Sección I. El Poder Judicial de los EE.UU. será atribuido a una Corte Suprema y a tantos tribunales inferiores como el Congreso decidiera autorizar y establecer. Los jueces, tanto de la Corte Suprema como de los tribunales inferiores, conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán, en plazos fijos, una compensación por sus servicios que no podrá ser disminuida mientras permanecieron en sus funciones.

Sección II. Corresponde al Poder Judicial aplicar el derecho positivo y los principios de justicia, en todas las causas que versaren sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de los EE.UU., y por los tratados hechos o que fueren hechos bajo su autoridad; de todas las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte, de las causas que se susciten entre dos o más estados; entre un estado y los vecinos de otro; entre los vecinos de diferentes estados; y ente ciudadanos del mismo estado que demandaren tierras concedidas por diferentes estados; y entre una provincia, o sus vecinos, contra un estado o ciudadano extranjero.

En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso".

Se ha sostenido ante el Tribunal que, como el otorgamiento constitucional de jurisdicción a la Corte Suprema y a los tribunales ordinarios es general, y la cláusula que asigna las causas de jurisdicción originaria a la Corte Suprema no contiene expresiones negativas o restrictivas, el Poder Legislativo mantiene la facultad de atribuir competencia originaria a la Corte en otros casos que los precedentemente indicados, tomando en cuenta que tales casos pertenecen al Poder Judicial de los Estados Unidos.

Si se hubiera querido dejar librado a la discreción del Poder Legislativo la posibilidad de distribuir el Poder Judicial entre la Corte Suprema y los tribunales inferiores, habría sido ciertamente inútil hacer otra cosa que definir el ámbito de competencia del Poder Judicial en general, mencionando los tribunales a los que corresponde ejercerlo. Si ésta es la interpretación correcta, el resto de la norma constitucional carece de sentido.

Si el Congreso tiene la libertad de asignar a esta Corte competencia por

apelación en casos en los que la Constitución le asigna competencia originaria y fijarle competencia originaria en los casos en que le corresponde ejercerla por apelación, la distribución hecha en la Constitución es forma carente de contenido.

Las palabras afirmativas son, a menudo en su operatividad, negatorias de otros objetos que los prescriptos, y en este caso debe asignárselas ese sentido so pena de privarías de sentido en absoluto. No puede presumiese que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto, y, por lo tanto, la interpretación contraria es inadmisible salvo que el texto expreso de la Constitución así lo manifieste. Cuando un instrumento legal organiza las bases fundamentales de un sistema judicial dividiéndolo en una Corte Suprema y en tantas inferiores como el Congreso decida, enumerando sus poderes y distribuyéndolos mediante la delimitación de los casos en los que la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria y aquellos en que la ejercerá por vía de apelación, el sentido evidente de las palabras parece ser que en una clase de casos la competencia será originaria y no en los demás. Si cualquier otra interpretación convirtiera en inoperante dicha cláusula, tendríamos allí una razón adicional para rechazarla y para adherir al sentido obvio de las palabras. Luego, para que esta Corte esté en condiciones de emitir una orden de ejecución como la que se pide, debe demostrarse que se trata de un caso de competencia por apelación.

Se ha dicho en el Tribunal que la jurisdicción apelada puede ejercerse de diversos modos y que siendo la voluntad del Congreso que un mandamiento pueda ser emitido en el ejercicio de la jurisdicción apelada (ver ley de organización judicial de los EE.UU. de 1789), dicha voluntad debe ser obedecida. Esto es cierto, pero no obstante ello, la jurisdicción debe ser apelada y no originaria.

Es el criterio esencial de la jurisdicción por apelación, que ella abarca tópicos previamente determinados y no crea otros nuevos. Por ello, aunque es posible emitir un mandamiento a los tribunales inferiores, hacerlo respecto de un funcionario para que entregue un documento es lo mismo que intentar una acción originaria para la obtención de dicho documento, y por ello, no parece pertenecer a la jurisdicción apelada sino a la originaria: Tampoco es necesario, en este caso, capacitar a la Corte para que ejerza su competencia por vía de apelación. Por lo tanto, la autoridad otorgada a la Corte Suprema por la ley de organización judicial de los EE. UU. para emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos, no parece estar respaldada en la Constitución, y hasta se hace necesario preguntarse si una competencia así conferida puede ser ejercida.

La pregunta acerca de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en ley vigente del país es profundamente interesante para los EE.UU. pero, felizmente, no tan complicada como interesante. Para decidir esta cuestión parece necesario tan sólo reconocer ciertos principios que se suponen establecidos como resultado de una prolongada y serena elaboración. Todas las instituciones fundamentales del país se basan en la creencia de que el pueblo tiene el derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho supone un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser repetido con mucha frecuencia. Los principios así establecidos son considerados fundamentales. Y desde que la autoridad de la cual proceden es suprema, y puede raramente manifestarse, están destinados a ser permanentes. Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede hacer sólo esto, o bien fijar, además, límites que no podrán ser transpuestos por tales poderes.

El gobierno de los EE.UU. es de esta última clase. Los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. ¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación?

Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida.

Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente

ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia.

Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? 0 bien, en otras palabras, no siendo ley, constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él. Sin embargo la cuestión merece recibir un atento tratamiento.

Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.

Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Congreso actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción.

Reducir de esta manera a la nada lo que hemos considerado el más grande de los logros en materia de instituciones políticas - una constitución escrita sería por sí mismo suficiente en América, donde las constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar la tesis. Pero las

manifestaciones particulares que contiene la Constitución de los EE.UU. construyen un andamiaje de argumentos adicionales en favor del rechazo de esta interpretación.

El Poder Judicial de los EE.UU. entiende en todos los casos que versen sobre puntos regidos por la Constitución.

¿Pudo, acaso, haber sido la intención de quienes concedieron este poder, afirmar que al usar la Constitución, no debería atenderse a su contenido? ¿Que un caso regido por la Constitución debiera decidirse sin examinar el instrumento que lo rige?

Esto es demasiado extravagante para ser sostenido. En ciertos casos, la Constitución debe ser interpretada y analizado su contenido por parte de los jueces.

Y si de este modo los jueces pueden abrir y examinar la totalidad de la Constitución ¿qué parte de ella les está prohibido leer u obedecer?

Hay muchas otras partes de la Constitución que ilustran esta materia. Dice la Constitución que: 'ningún impuesto o carga se impondrá sobre artículos exportados desde cualquiera de los estados'. Supongamos una carga impuesta sobre la exportación de algodón, o tabaco o harina, y supongamos que se promueve una acción judicial destinada a exigir la devolución de lo pagado en virtud de dicha carga.

¿Debe darse un pronunciamiento judicial en tal caso? ¿Deben los jueces cerrar los ojos a la Constitución y ver sólo la ley?

La Constitución prescribe que: 'No se sancionarán leyes conteniendo condenas penales individualizadas ni leyes retroactivas'.

Si, no obstante, tales leyes son sancionadas y una persona es procesada bajo tales leyes ¿debe la Corte condenar a muerte a esas víctimas a quienes la Constitución manda proteger?

Dice la Constitución: 'Ninguna persona será procesada por traición salvo mediante el testimonio de dos testigos sobre el mismo acto o mediante su confesión pública ante un tribunal de justicia'.

En este caso, el lenguaje de la Constitución está especialmente dirigido a los tribunales. Les prescribe directamente una regla de prueba de la que no pueden apartarse.

Si la Legislatura modificara esa norma y permitiera la declaración de un solo testigo o la confesión fuera de un tribunal de justicia como requisitos suficientes de prueba, ¿debería la norma constitucional ceder frente a esa ley?

Mediante estos y muchos otros artículos que podrían seleccionarse es claro que los constituyentes elaboraron ese instrumento como una regla obligatoria tanto para los tribunales como para la Legislatura.

¿Por qué motivo, si no, prescribe a los jueces jurar su cumplimiento? Este juramento apela, ciertamente, a su conducta en el desempeño de su cargo de carácter oficial.

¡Qué inmoralidad sería imponérselos, si ellos [los jueces] fueran a ser usados como instrumentos y como instrumentos conscientes de la violación de lo que juran respetar!

El juramento del cargo judicial impuesto por el Congreso, es también completamente ilustrativo de la opinión legislativa sobre esta cuestión.

Este juramento dice: “juro solemnemente que administraré justicia sin importar las personas y haré justicia igualmente al pobre como al rico; y que desempeñaré leal e imparcialmente todas las obligaciones atinentes a mi cargo como..., de acuerdo a mis mejores capacidades y comprensión, conforme con la Constitución y las leyes de los EE.UU.”

¿Por qué motivo jura un juez desempeñar sus deberes de acuerdo con la Constitución de los EE.UU. si esa Constitución no fuera una norma obligatoria para su gobierno? ¿Si estuviera cerrada sobre él y no pudiera ser inspeccionada por él?

Si fuera ése el estado real de las cosas, constituiría algo peor que una solemne burla.

Pero además de ello, imponer, tanto como jurar en esos términos sería una hipocresía.

No es tampoco inútil observar que, al declarar cuál será la ley suprema del país, la Constitución en sí misma es mencionada en primer lugar; y no todas las leyes de los EE.UU. tienen esta calidad, sino sólo aquellas que se hagan de conformidad con la Constitución.

De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los EE.UU. confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento.

Por ello, se rechaza la petición del demandante. Cúmplase".

“Banco Comercial de Finanzas s/ Quiebra”

(CSJN, 19 de agosto de 2004)

(Resumen)

Antecedentes del caso:

La Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, declaró de oficio (esto es, sin petición de parte) la inconstitucionalidad del Decreto nacional nº 2075/93, reglamentario de la ley 21.526.

Llegado el caso a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ésta dejó sin efecto aquella declaración de inconstitucionalidad, señaló la validez del Decreto 2075/93 y declaró que la acreencia que tenía en la quiebra del Banco Comercial de Finanzas el Banco Central de la República Argentina, originada en el canje de imposiciones para Bonex (bonos externos del Estado nacional), con posterior a la liquidación, quedaba comprendida en la preferencia establecida en el art. 264 de la Ley de Quiebras.

Como fundamento, la Corte Provincial expresó que *“los jueces en resguardo del principio de división de poderes, no podían declarar de oficio*

la inconstitucionalidad de las leyes, ya que tal impugnación debía ser alegada y probada en juicio… (lo que) no sucedió en autos."

Cabe señalar que la Corte Provincial pasó por alto que en Fallos, 320:1386, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya había declarado inconstitucional dicho decreto, de modo que la declaración de oficio de la Cámara carecía de relevancia.

El resultado de este decisorio fue que restablecida la aptitud reglamentaria del Decreto 2075/93, debía aplicarse su art. 1º que determina que los gastos y adelantos de cualquier naturaleza efectuados por el Banco Central después de la liquidación de bienes, deben entenderse como gastos del concurso y, por lo tanto, tienen la preferencia que les otorga el art. 264 de la ley de Quiebras.

La entidad en liquidación interpuso el recurso extraordinario que le fue denegado, razón por la cual llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía de la queja (o recurso directo).

La Corte nacional acogió el recurso a favor del Banco Comercial de Finanzas en fallo unánime (aunque con fundamentos propios el del Ministro Enrique S. Petracchi) dejando sin efecto el fallo de la Corte provincial.

Trascendencia del fallo:

Nuestro máximo Tribunal exalta la potestad de los tribunales de justicia para suplir el derecho que las partes de un pleito no invocan o que invocan de manera errónea *(iura novit curia)* a fin de mantener la supremacía de la Constitución nacional, aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior. (doctrina ya expresada en Fallos, 306:303 por el voto de los ministros Fayt y Belluscio).

Fundamentos del fallo:

1. "Es elemental, en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de

examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ellas (doctrina ya sostenida en Fallos, 311:2478, entre muchos otros)”

2. No se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, la presunción de validez de los actos estatales, porque dicha presunción cede cuando es contraria a una norma de jerarquía superior, como ocurre en el caso, cuando un decreto se opone a una ley de la Nación.

Mill de Pereyra c/Pcia. De Corrientes

Buenos Aires, 27 de septiembre de 2001.

Vistos los autos: "Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa".
Considerando:
1°) Que contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes que hizo lugar a la demanda promo-vida por jueces que reclamaron el cumplimiento de la garantía de la intangibilidad de sus remuneraciones, la vencida inter-puso el recurso extraordinario que fue parcialmente concedi-do. Con relación a los aspectos denegados, dedujo el perti-nente recurso de queja que corre agregado a la presente.
2°) Que para así decidir sostuvo que "en virtud del paulatino deterioro operado en el valor adquisitivo de los importes nominales de los haberes", que deriva "del proceso inflacionario que afectara nuestro signo monetario" y que genera "la disminución de sus valores reales", se vio frus-trada "la garantía de la intagibilidad a su respecto". Asi-mismo, rechazó la defensa de prescripción que articuló la demandada con fundamento en el art. 4032 del Código Civil y, por último, sin que mediara pedido de parte, declaró la in-constitucionalidad de los arts. 7, 10 y 13 de la ley 23.928, de convertibilidad del austral, y de la ley 4558, de consoli-dación de la deuda pública provincial.

3°) Que el recurrente sostiene, en síntesis, que: a) no surge de autos que el Estado provincial haya incurrido en incumplimiento de la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones que ampara a los actores sino que, por el con-trario, el gobierno de la provincia efectuó importantes re-composiciones salariales a los magistrados, mejoras que fue-ron muy superiores a las de otros sectores del empleo públi-co; b) no resulta aplicable al caso el plazo de prescripción establecido por el art. 4027 del Código Civil sino el del art. 4032; c) la declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.928 y 4558 -decretada de oficio- viola el principio de congruencia y el de la defensa en juicio; y d) estas leyes no son violatorias de ninguno de los derechos consagrados en la Constitución Nacional o provincial y, dictadas con funda-mento en el ejercicio del poder de policía de emergencia del Estado, procuran asegurar la supremacía del interés general y eliminar la inflación que produce la corrección por índices del valor monetario.

4°) Que deben desestimarse los agravios del apelan-te en cuanto atribuyen arbitrariedad a lo decidido en cuanto consideró que los reajustes practicados en las remuneraciones percibidas entre enero de 1984 y abril de 1988 fueron insufi-cientes para mantener la garantía de intangibilidad de la remuneración de los jueces demandantes y aplicable el plazo de cinco años de prescripción, pues remiten al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia extraordinaria del art. 14 de la ley 48 máxime cuando, como sucede en el caso, la sentencia cuenta con fundamentos suficientes que la colo-can al abrigo de la tacha de arbitrariedad.

5°) Que igual suerte corre la queja dirigida a cuestionar la invalidación de la ley provincial 4558 porque, según ha resuelto el Tribunal, la declaración de inconstitu-cionalidad de leyes locales no constituye cuestión federal que sustente el recurso extraordinario, ya que no existe re-solución favorable a la validez de la norma local cuestionada (Fallos: 295:797; 311:955 y sus citas).

6°) Que, en cambio, es formalmente procedente el recurso extraordinario pues se cuestiona la constitucionali-dad de la ley 23.928 y la decisión del superior tribunal de la causa es contraria a las peticiones del recurrente (art. 14, inc. 1° de la ley 48).

7°) Que el a quo, como se dijo, juzgó que la Pro-vincia de Corrientes incurrió en incumplimiento de la garan-tía de incolumidad de las remuneraciones de los magistrados. Sobre la base del art. 143 de la

constitución local reproducción, casi exacta, del entonces art. 96 de la Constitución Nacional reputó aplicable al sub judice tanto éste como la doctrina elaborada por esta Corte en torno a él. Consideró, también, que la ley 23.928, en cuanto no admite la actualiza-ción monetaria a partir del 1° de abril de 1991, resulta in-constitucional por quebrantar aquella garantía.

8°) Que, en lo que aquí interesa, aquélla dispone que "en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deu-dor, con posterioridad al 1° del mes de abril de 1991" (art 7); deroga "todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualiza-ción monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios" (art. 10) y declara que "la presente ley es de orden público" y que "ninguna persona pue-de alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos" (art. 13).

9°) Que, en primer lugar y en cuanto al agravio referente a la declaración de oficio de la inconstitucionali-dad, corresponde remitirse al voto de los jueces Fayt y Belluscio en el caso de Fallos: 306:303, donde se expresó que "no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes en favor del Judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de in-constitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos, o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menos-cabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso" (considerando 5°).
10) Que, sin embargo, el ejercicio de tal facultad en orden a la misión de mantener el imperio de la Constitución sólo puede considerarse autorizado en situaciones muy precisas.
En primer lugar, debe tenerse en cuenta que su existencia no importa desconocer que la invalidez constitu-cional de una norma sólo puede ser declarada cuando la viola-ción de aquélla sea de tal entidad que justifique la abroga-ción, en desmedro de la seguridad jurídica (Fallos: 306:303 citado, voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 19). La declaración de inconstitucionalidad es -según conoci-da doctrina de este Tribunal- una de las más delicadas fun-ciones que puede encomendarse a un tribunal de

justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 247:121 y sus citas). Es por ello que con más rigor en este caso, la declaración de inconstitucionalidad sólo será proce-dente cuando no exista la posibilidad de una solución adecua-da del juicio por otras razones que las constitucionales com-prendidas en la causa (Fallos: 260:153, considerando 3° y sus citas).

En segundo término, debe ponderarse que su ejerci-cio no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango infe-rior en pugna con la Constitución Nacional o de ésta, a efec-tos de resolver un conflicto contencioso en los términos del art. 2° de la ley 27 (doctrina de Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 4°).

De estos recaudos habrá de derivar necesariamente el carácter incidental de este tipo de declaración de incons-titucionalidad, en el sentido de que, por definición y al tratarse de una declaración oficiosa, no habrá sido solicita-da por las partes; de allí que sólo será necesaria para remo-ver un obstáculo -la norma inconstitucional- que se interpon-ga entre la decisión de la causa y la aplicación directa a ésta de la Ley Fundamental; dicho en otros términos, esa de-claración será el presupuesto para el progreso de otra pre-tensión (causa A.529.XXII. "Asociación Bancaria c/ Chubut, Provincia del", sentencia del 15 de junio de 1989) o, en su caso, defensa.

Y, finalmente, deberá tenerse presente que de acuerdo a la doctrina de este Tribunal, las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley, sólo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron y no tienen efecto derogatorio genérico (Fallos: 247:700; 248:702; 255:262; 264:364; 315: 276; 322:528 entre muchísimos otros).

11) Que, con relación al fondo del asunto, esta Corte ha interpretado reiteradamente que la intangibilidad de las retribuciones de los jueces es garantía de la independen-cia del Poder Judicial, de manera que cabe considerarla, jun-tamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado. Asimismo, ha sostenido que la garan-tía de irreductibilidad de los sueldos está conferida no para exclusivo beneficio personal o patrimonial de los magistrados sino para resguardar su función de equilibrio tripartito de los poderes del Estado, de modo que la vía abierta en esta causa no tiende tanto a defender un derecho de propiedad de

los actores como particulares, y a título privado, sino la ya referida garantía de funcionamiento independiente del Poder Judicial, cuya perturbación la Ley Suprema ha querido evitar al consagrar rotundamente la incolumidad de las remuneracio-nes judiciales (Fallos: 315:2386).

12) Que igualmente, en Fallos: 176:73, el Tribunal dijo que la intangibilidad de la remuneración de los jueces ha sido establecida no por razón de la persona de los magis-trados, sino en mira de la institución del Poder Judicial, a la que los constituyentes han querido liberar de toda presión de parte de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia. Sustancialmente, en consecuencia, la intangi-bilidad de los sueldos no es estrictamente una garantía en favor de tales magistrados, sino un seguro de su independen-cia efectiva que beneficia a la misma sociedad en tanto tien-de a preservar la estricta vigencia del estado de derecho y el sistema republicano de gobierno.

13) Que, por otra parte, debe tenerse presente que la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin, cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo al contenido de las demás; la inteli-gencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equili-brio del conjunto (Fallos: 296:432). En la búsqueda de esa armonía y equilibrio debe evitarse que las normas constitu-cionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se debe procurar dar a cada una el sentido que mejor las concierte y deje a todas con valor y efecto. Con estas pautas, no es vá-lido asignar ‑como lo hizo la corte local‑ a la garantía que consagra la intangibilidad de las remuneraciones de los ma-gistrados, una extensión tal que desconozca las facultades que el art. 75 inc. 11 de la Ley Fundamental confiere al Con-greso de la Nación para "hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras".

14) Que, en este orden de ideas, la ley 23.928 constituye una decisión clara y terminante del Congreso de la Nación de ejercer las funciones que le encomienda el art. 75, inc. 11, ya referido. Ante tal acto legislativo no sólo han quedado derogadas disposiciones legales sino que además deben ser revisadas las soluciones de origen pretoriano que admitían el ajuste por depreciación, en cuanto, precisamente, se fundaron en la falta de decisiones legislativas destinadas a enfrentar el fenómeno de la inflación. De ahí que como esta Corte dijo en Fallos: 315:158‑ no puede mantenerse idéntico temperamento respecto de este punto con relación a períodos posteriores al 1° de abril de 1991.

Por ello y oído el señor Procurador General, se rechaza la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se revoca la sentencia. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corres-ponda, se dicte una nueva con arreglo a la presente. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión deba-tida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Intégrese el depósito. Archívese la queja. Notifíquese y remítase. JULIO S. NAZARENO (en disiden-cia parcial)- EDUARDO MOLINE O'CONNOR (en disidencia parcial)- CARLOS S. FAYT - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia parcial)- ANTONIO BOGGIANO (según su voto)- GUILLERMO A. F. LOPEZ (según su voto)- GUS-TAVO A. BOSSERT (según su voto)- ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (se-gún su voto).

ES COPIA

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON GUILLERMO A. F. LOPEZ Y DON GUSTAVO A. BOSSERT

Considerando:
Que los infrascriptos coinciden con los consideran-dos 1° a 8° del voto de la mayoría.
9°) Que en primer lugar, y en cuanto a la alegada violación del derecho de defensa que derivaría de no haberse oído previamente a las partes respecto de las normas invali-dadas por el a quo -sancionadas con ulterioridad a la traba de la litis-, lo cierto es que los litigantes han tenido su-ficiente oportunidad de ser oídos sobre el punto en el reme-dio federal y su escrito de contestación, lo que torna inofi-cioso pronunciarse esta Corte en la medida en que el derecho de defensa de las partes aparece debidamente resguardado con el procedimiento cumplido en esta instancia (conf. arg. Fa-llos: 311:1114).

10) Que, con relación al fondo del asunto, esta Corte ha interpretado reiteradamente que la intangibilidad de las retribuciones de los jueces es garantía de la independen-cia del Poder Judicial, de forma que cabe considerarla, jun-tamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado. Asimismo, ha sostenido que la garan-tía de irreductibilidad de los sueldos está conferida no para exclusivo beneficio personal o patrimonial de los magistrados sino para resguardar su función de equilibrio tripartito de los poderes del Estado, de modo que la vía abierta en esta causa no tiende tanto a defender un derecho de propiedad de los actores como particulares, y a título privado, sino la ya referida garantía

de funcionamiento independiente del Poder Judicial, cuya perturbación la Ley Suprema ha querido evitar al consagrar rotundamente la incolumidad de las remuneracio-nes judiciales (Fallos 315:2386).

11) Que igualmente, en Fallos 176:73, el Tribunal dijo que la intangibilidad de la remuneración de los jueces ha sido establecida no por razón de la persona de los magis-trados, sino en mira de la institución del Poder Judicial, a la que los constituyentes han querido liberar de toda presión de parte de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia. Sustancialmente, en consecuencia, la intangi-bilidad de los sueldos no es estrictamente una garantía en favor de tales magistrados, sino un seguro de su independen-cia efectiva que beneficia a la misma sociedad en tanto tien-de a preservar la estricta vigencia del estado de derecho y el sistema republicano de gobierno.

12) Que, por otra parte, debe tenerse presente que la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin, cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo al contenido de las demás; la inteli-gencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equili-brio del conjunto (Fallos 296:432). En la búsqueda de esa armonía y equilibrio debe evitarse que las normas constitu-cionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se debe procurar dar a cada una el sentido que mejor las concierte y deje a todas con valor y efecto. Bajo estas pautas, no es válido asignar como lo hizo la Corte local a la garantía que consagra la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados, una extensión tal que desconozca las facultades que el art. 75 inciso 11 de la Ley Fundamental confiere al Congreso de la Nación para "hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras".

13) Que, en este orden de ideas, la ley 23.928 constituye una decisión clara y terminante del Congreso de la Nación de ejercer las funciones que le encomienda el art. 75, inciso 11, ya referido. Ante tal acto legislativo no sólo han quedado derogadas disposiciones legales sino que además deben ser revisadas las soluciones de origen pretoriano que admi-tían el ajuste por depreciación, en cuanto, precisamente, se fundaron en la falta de decisiones legislativas destinadas a enfrentar el fenómeno de la inflación. De allí que como esta Corte dijo en Fallos 315:158 no puede mantenerse idéntico temperamento respecto de este punto con relación a períodos posteriores al 1° de abril de 1991.

Por ello, y oído el señor Procurador General se rechaza la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se revoca la

sentencia. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corres-ponda, se dicte una nueva con arreglo a la presente. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión deba-tida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Intégrese el depósito. Archívese la queja. Notifíquese y remítase. GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTA-VO A. BOSSERT.

ES COPIA
VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO
Considerando:
Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° al 8° del voto de la mayoría.

9°) Que es jurisprudencia de esta Corte a partir del caso "Ganadera ‘Los Lagos’ c/ Nación Argentina" (Fallos: 190:142) que la declaración de inconstitucionalidad de una norma sólo es posible a pedido de parte interesada ya que, de otra manera, se alteraría el principio de equilibrio de pode-res en favor del Poder Judicial, se atentaría contra la pre-sunción de legitimidad de los actos y normas estatales, y se afectaría el derecho de defensa en juicio. Este criterio debe ser revisado a la luz de nuevas reflexiones.

10) Que la declaración de inconstitucionalidad sin que medie petición de parte no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás ya que dicha tarea es de la esencia de aquél, una de cuyas funciones específicas es la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por los poderes Ejecutivo y Legislativo a fin de mantener la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31).

11) Que, si bien los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de la ley en abstracto, es decir fuera de una causa concreta sometida a su juzgamiento, de ello no se desprende que necesariamente la parte interesada deba re-querir en forma expresa el control de constitucionalidad, ya que éste constituye una cuestión de derecho, ínsita en la facultad de los jueces que se resume en el antiguo adagio romano iura novit curia y que incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución.

Este principio, por el que se le concede a los jue-ces la potestad de suplir el derecho que las partes no invo-can o que invocan erróneamente, incluye el deber de mantener la jerarquía normativa de nuestro orden jurídico, de allí que una sentencia que aplique normas inconstitucionales se suble-va en contra de aquélla.

12) Que, en efecto, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia (nacionales y provinciales) de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposi-ción con ella, constituye uno de los fines superiores y fun-damentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos con-sagrados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos, atribución que es derivación forzosa de la distinción entre los poderes constituyente y legislativo or-dinario que hace la Constitución, y de la naturaleza necesa-riamente subordinada del segundo (Fallos: 33:162, 194).

13) Que, por otra parte, el control de constitucio-nalidad de oficio no afecta la presunción de legitimidad de los actos legislativos ya que dicho instituto es meramente provisional ‑iuris tantum‑ y cede, en un sistema de control de constitucionalidad judicial difuso, ante la comprobación y declaración de invalidez de las normas por el Poder Judicial.

14) Que, asimismo, cabe señalar que la declaración de inconstitucionalidad no implica una violación del derecho de defensa, "pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invoca-da por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso (voto de los jueces Fayt y Belluscio en el caso "Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario", Fallos: 306:303).En el sub lite este dere-cho ha sido salvado pues la demandada ha podido expresar su opinión sobre la validez de la norma cuestionada en el recur-so extraordinario ante esta Corte.

15) Que, sin perjuicio de lo expuesto, la declara-ción de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la ulti-ma ratio del orden jurídico y, en caso de duda debe estarse por su constitucionalidad. Sólo debe acudirse a aquélla cuan-do la repugnancia de la ley inferior con la norma calificada de suprema sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 285:322, entre muchos otros). Es por ello que los tribunales de justicia deben imponerse la mayor mesura, mos-trándose tan celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privati-vo, a los otros poderes (Fallos: 242:73; 285:369; 300:241, 1087).

16) Que, con relación al fondo del asunto, esta Corte ha interpretado reiteradamente que la intangibilidad de las retribuciones de los jueces es

garantía de la independen-cia del Poder Judicial, de forma que cabe considerarla, jun-tamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado. Asimismo, ha sostenido que la garan-tía de irreductibilidad de los sueldos está conferida no para exclusivo beneficio personal o patrimonial de los magistrados sino para resguardar su función de equilibrio tripartito de los poderes del Estado, de modo que la vía abierta en esta causa no tiende tanto a defender un derecho de propiedad de los actores como particulares, y a título privado, sino la ya referida garantía de funcionamiento independiente del Poder Judicial, cuya perturbación la Ley Suprema ha querido evitar al consagrar rotundamente la incolumidad de las remuneracio-nes judiciales (Fallos 315:2386).

17) Que igualmente, en Fallos 176:73, el Tribunal dijo que la intangibilidad de la remuneración de los jueces ha sido establecida no por razón de la persona de los magis-trados, sino en mira de la institución del Poder Judicial, a la que los constituyentes han querido liberar de toda presión de parte de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia. Sustancialmente, en consecuencia, la intangi-bilidad de los sueldos no es estrictamente una garantía en favor de tales magistrados, sino un seguro de su independen-cia efectiva que beneficia a la misma sociedad en tanto tien-de a preservar la estricta vigencia del estado de derecho y el sistema republicano de gobierno.

18) Que, por otra parte, debe tenerse presente que la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin, cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo al contenido de las demás; la inteli-gencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equili-brio del conjunto (Fallos 296:432). En la búsqueda de esa armonía y equilibrio debe evitarse que las normas constitu-cionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se debe procurar dar a cada una el sentido que mejor las concierte y deje a todas con valor y efecto. Bajo estas pautas, no es válido asignar ‑como lo hizo la Corte local‑ a la garantía que consagra la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados, una extensión tal que desconozca las facultades que el art. 75 inciso 11 de la Ley Fundamental confiere al Congreso de la Nación para "hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras".

19) Que, en este orden de ideas, la ley 23.928 constituye una decisión clara y terminante del Congreso de la Nación de ejercer las funciones que le encomienda el art. 75, inciso 11, ya referido. Ante tal acto legislativo no sólo han quedado derogadas disposiciones legales sino que además deben ser revisadas las soluciones de origen pretoriano que admi-tían el ajuste por

depreciación, en cuanto, precisamente, se fundaron en la falta de decisiones legislativas destinadas a enfrentar el fenómeno de la inflación. De allí que como esta Corte dijo en Fallos 315:158 no puede mantenerse idéntico temperamento respecto de este punto con relación a períodos posteriores al 1° de abril de 1991.

Por ello y oído el señor Procurador General, se rechaza la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se revoca la sentencia. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corres-ponda, se dicte una nueva con arreglo a la presente. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión deba-tida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Intégrese el depósito. Archívese la queja. Notifíquese y remítase. ANTONIO BOGGIANO.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ

Considerando:

1°) Que contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes que hizo lugar a la demanda promo-vida por jueces que reclamaron el cumplimiento de la garantía de la intangibilidad de sus remuneraciones, la vencida inter-puso el recurso extraordinario que fue parcialmente concedi-do. Con relación a los aspectos denegados, dedujo el perti-nente recurso de queja que corre agregado a la presente.

2°) Que para así decidir sostuvo que "en virtud del paulatino deterioro operado en el valor adquisitivo de los importes nominales de los haberes", que deriva "del proceso inflacionario que afectara nuestro signo monetario" y que genera "la disminución de sus valores reales", se vio frus-trada "la garantía de la intagibilidad a su respecto". Asi-mismo, rechazó la defensa de prescripción que articuló la demandada con fundamento en el art. 4032 del Código Civil y, por último, sin que mediara pedido de parte, declaró la in-constitucionalidad de los arts. 7, 10 y 13 de la ley 23.928, de convertibilidad del austral, y de la ley 4558, de consoli-dación de la deuda pública provincial.

3°) Que el recurrente sostiene, en síntesis, que: a) no surge de autos que el Estado provincial haya incurrido en incumplimiento de la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones que ampara a los actores sino que, por

el con-trario, el gobierno de la provincia efectuó importantes re-composiciones salariales a los magistrados, mejoras que fue-ron muy superiores a las de otros sectores del empleo públi-co; b) no resulta aplicable al caso el plazo de prescripción establecido por el art. 4027 del Código Civil sino el del art. 4032; c) la declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.928 y 4558 ‑decretada de oficio‑ viola el principio de congruencia y el de la defensa en juicio; y d) estas leyes no son violatorias de ninguno de los derechos consagrados en la Constitución Nacional o provincial y, dictadas con fundamento en el ejercicio del poder de policía de emergencia del Estado, procuran asegurar la supremacía del interés general y eliminar la inflación que produce la corrección por índices del valor monetario.

4°) Que deben desestimarse los agravios del apelante en cuanto atribuyen arbitrariedad a lo decidido en cuanto consideró que los reajustes practicados en las remuneraciones percibidas entre enero de 1984 y abril de 1988 fueron insufi-cientes para mantener la garantía de intangibilidad de la remuneración de los jueces demandantes y aplicable el plazo de cinco años de prescripción, pues remiten al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia extraordinaria del art. 14 de la ley 48 máxime cuando, como sucede en el caso, la sentencia cuenta con fundamentos suficientes que la colo-can al abrigo de la tacha de arbitrariedad.

5°) Que igual suerte corre la queja dirigida a cuestionar la invalidación de la ley provincial 4558 porque, según ha resuelto el Tribunal, la declaración de inconstitu-cionalidad de leyes locales no constituye cuestión federal que sustente el recurso extraordinario, ya que no existe re-solución favorable a la validez de la norma local cuestionada (Fallos: 295:797; 311:955 y sus citas).

6°) Que, en cambio, es formalmente procedente el recurso extraordinario pues se cuestiona la constitucionali-dad de la ley 23.928 y la decisión del superior tribunal de la causa es contraria a las peticiones del recurrente (art. 14, inc. 1° de la ley 48).

7°) Que el a quo, como se dijo, juzgó que la Pro-vincia de Corrientes incurrió en incumplimiento de la garan-tía de incolumidad de las remuneraciones de los magistrados. Sobre la base del art. 143 de la constitución local reproducción, casi exacta, del entonces art. 96 de la Constitución Nacional reputó aplicable al sub judice tanto éste como la doctrina elaborada por esta Corte en torno a él. Consideró, también, que la

ley 23.928, en cuanto no admite la actualiza-ción monetaria a partir del 1° de abril de 1991, resulta in-constitucional por quebrantar aquella garantía.

8°) Que, en lo que aquí interesa, aquélla dispone que "en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deu-dor, con posterioridad al 1° del mes de abril de 1991" (art 7); deroga "todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualiza-ción monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios" (art. 10) y declara que "la presente ley es de orden público" y que "ninguna persona pue-de alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos" (art. 13).

9°) Que en cuanto al agravio referente a la decla-ración de oficio de la inconstitucionalidad cabe señalar, en primer lugar, que si bien puede verse en el caso registrado en Fallos: 11:257 (año 1872) un antecedente coincidente con esa posibilidad, lo cierto es que a partir del precedente "Ganadera Los Lagos c/ Nación Argentina", Fallos 190:142 (año 1941), se sostuvo otra doctrina, según la cual la declaración de inconstitucionalidad de una norma no procedería de oficio, sino que requeriría un pedido de parte interesada.

Esta Corte, en su actual composición, no comparte este último criterio.

10) Que, como lo señala el art. 108 de la Constitución Nacional, el Poder Judicial de la Nación es ejercido por esta Corte y por los demás tribunales inferiores establecidos por el Congreso en el territorio de la Nación.

La Corte, en su caso, es el superior o máximo tri-bunal de la judicatura nacional. Está constituida como tal y posee jurisdicción que es constitucional e imperium.

Pero aparte de ser un tribunal (sobre lo que se volverá más adelante), la Corte tiene a su cargo el ejercicio de una de las funciones del poder estatal, el cual en la teoría constitucional, como es sabido resulta único. En este sentido, coparticipa en la actuación del poder del Estado teniendo a su cargo, entonces, como órgano de gobierno, fun-ciones políticas en el más elevado sentido del vocablo. Esa condición de poder político que asiste a la Corte fue tempra-namente reconocida en las decisiones registradas en Fallos: 1:32 y 33:162 (casos "Ríos" y "Elortondo, viuda de", respec-tivamente).

En concreto, la Corte es titular de uno de los de-partamentos del gobierno federal, cabeza del Poder Judicial de la Nación y órgano supremo de la organización judicial (Fallos: 256:114; 286:17; 306:72; 306:174; etc.), poseyendo desde tal punto de vista formal, la misma jerarquía que los poderes Ejecutivo y Legislativo (Fallos: 137:47; 235:662).

Como cabeza de poder, tiene diversas funciones ins-titucionales destacándose, entre otras, la de ejercer la je-fatura de la justicia federal, y la de ser depositaria de la representación del Poder Judicial para la defensa de su inde-pendencia frente a las intromisiones de otros poderes del Estado, lo cual se funda en la necesidad de mantener la unidad y el orden indispensables del Poder Judicial y en la sig-nificación jerárquica de la Corte (Fallos: 241:23). Por cier-to, esa función de representación no incumbe a ningún otro órgano judicial, concentrándose en la Corte la trascendente misión de encauzar las relaciones institucionales con los otros poderes de la Nación, para evitar la disparidad de de-cisiones frente a situaciones análogas (acordada 3 del 10/3/ 00, Fallos: 323:1291).

Cabe observar, asimismo, que asisten a la Corte facultades implícitas (Fallos: 259:11; 263:15; entre otros) así como necesarias, para salvaguardar la función judicial (Fallos: 256:114) y, en su caso, la investidura de los jueces de la Nación en el ejercicio de sus respectivos cometidos, siempre en la medida que lo requiera el resguardo de su ga-rantía constitucional frente a la acción de los otros poderes del gobierno (Fallos: 286:17). A lo que se suma el eventual control que, a través del recurso extraordinario federal, puede hacer como tribunal de justicia, pero igualmente como poder constitutivo del Estado, respecto de los cambios, in-clusive de naturaleza constitucional, atinentes al ejercicio de la función judicial (Fallos: 322:1616).

Que, en fin, en tanto órgano supremo a cargo del gobierno del Poder Judicial, la Corte tiene una jerarquía superior a la de cualquier tribunal inferior, como también respecto del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjui-ciamiento (acordada 4 del 14/3/00, Fallos: 323:1293).

11) Que en cuanto actúa en su condición de cabeza del Poder Judicial, y a los fines de cumplir con las trascen-dentes funciones institucionales antes aludidas, la Corte no precisa del planteo de caso o controversia judicial alguna. Tampoco requiere del estímulo que provee la petición de parte legitimada, pudiendo obrar de oficio, inclusive a los fines de declarar la inaplicabilidad o nulidad de normas que afec-tan el ejercicio de la función judicial.

En tal sentido, el Tribunal ha admitido el control de constitucionalidad de oficio cuando están en juego normas que consagran excesos respecto de los límites puestos por la Constitución Nacional a sus propias atribuciones (Fallos: 143:191; 185:140; 238:288).

De igual modo, como cabeza de poder, en la acordada del 7 de marzo de 1968 (Fallos: 270:85) esta Corte examinó oficiosamente la validez del sistema arbitrado por la ley 17.642, recordándose en dicha ocasión la doctrina de la reso-lución dictada el 14 de marzo de 1903 invocada en la acorda-da de Fallos: 201:240‑ según la cual "...Corresponde a las facultades de este Supremo Tribunal..., como una atribución inherente a la naturaleza del poder que ejerce, de juzgar, en los casos ocurrentes, de la constitucionalidad y legalidad de los actos que se le someten, toda vez que con ocasión de ellos ha de cumplir una función que le confiere la Constitución, o la ley. A este efecto, la Corte Suprema no es un po-der automático. Tiene el deber, en este caso, de examinar y discernir si el acto con motivo del cual se le llama al cum-plimiento de una función propia, reviste o no la validez ne-cesaria...". Años más tarde, idéntico temperamento fue repro-ducido por el Tribunal al revisar, también de oficio, la va-lidez constitucional del art. 24 de la ley 22.192 (Fallos: 306:8).

Otros ejemplos de una similar actuación son aqué-llos referentes al decreto 2071/91 (Fallos: 314:948); al art. 5° de la ley 24.480 (Fallos: 318:1772); al art. 1°, inc. a, de la ley 24.631 (Fallos: 319:24); a los arts. 2°, inc. c, y 6°, inc. e, de la ley 25.188 (acordada 1 del 9 de febrero de 2000); etc.

12) Que, como fuera ya adelantado, además de titu-lar de uno de los tres poderes constitutivos del Estado, esta Corte es un tribunal de justicia. Como se destacó en Fallos: 12:134, es el "...Tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación..." (íd. Fa-llos: 297:381; 306:2070).

En el ejercicio de esta otra función institucional, es decir, como tribunal de justicia, esta Corte actúa exclu-sivamente cuando existe una controversia o caso judicial, y, en ese preciso marco, su jurisprudencia ha sido contraria a la posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, aunque en época reciente con significativas disidencias (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio).

Que las razones dadas para sostener esa doctrina prohibitiva fueron varias, pero ‑como se demostrará‑ ninguna está libre de serios reparos, lo que evidencia la necesidad de abandonarla ya que, como es obvio, la autoridad

de los precedentes debe ceder ante la comprobación de la inconve-niencia del mantenimiento de resoluciones anteriores (Fallos: 317:312, voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor).

13) Que en el recordado caso registrado en Fallos: 190:142, con cita de Thomas M. Cooley, la Corte afirmó que la declaración de inconstitucionalidad de oficio de las leyes vulnera el equilibrio entre los poderes del Estado, por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos (págs. 155 y 156). Sin embargo, puesto bajo riguroso análi-sis, ese argumento resulta inconsistente, pues no se alcanza a comprender por qué una declaración de inconstitucionalidad de oficio se entiende como una ingerencia indebida de los jueces con aptitud para alterar el equilibrio que debe haber entre los poderes del Estado, pero no se sostiene que exista una igual consecuencia cuando idéntica declaración se hace a petición de parte. Dicho con otras palabras, no se entiende por qué el control de inconstitucionalidad a pedido de parte no rompe el equilibrio entre los poderes, mientras que sí lo altera el control ejercido de oficio por los jueces. El argu-mento, así expuesto, evidencia falta de lógica, pues el equi-librio habría de romperse por la existencia misma del control en los dos supuestos, o bien no romperse en ningún caso, pero nunca en uno sí y en el otro no, ya que esto último es onto-lógicamente contradictorio.

14) Que, por cierto, la opinión doctrinaria citada por la Corte en aquella oportunidad, tampoco resulta decisiva en la materia.

Más allá de observar que en Fallos: 190:142 el tri-bunal omitió mencionar cuál era la obra de Cooley consultada, lo cierto es que el pensamiento de dicho autor norteamericano no fue tan categórico. Según el eminente profesor que fue de la Universidad de Michigan, "...La constitución distribuye los poderes de gobierno, pero no hace a ninguno de los tres departamentos subordinados a los otros, cuando ejercita lo que le ha sido confiado. Los tribunales pueden declarar a la sanción legislativa inconstitucional e inválida en algunos casos, pero no porque el poder judicial sea superior en je-rarquía o dignidad al legislativo. Estándoles impuesto decla-rar lo que es la ley en los casos que les son sometidos, debe observar la Constitución como ley suprema si una sanción le-gislativa se encuentra en conflicto; y solamente cuando com-prueban que la legislatura ha dejado de mantenerse dentro de sus límites constitucionales, es que ellos están en libertad para desatender su acción..." (autor cit., "A treatise on the constitutional limitations", págs. 227/228, Little, Brown, and Company, Boston, 1903). Como se advierte, con abstracción de si hay petición de parte o no, en el pensamiento trans-cripto lejos está la idea de que el control constitucional ejercido por los jueces implique de suyo subordinar los

de-partamentos Ejecutivo y Legislativo a la autoridad del Poder Judicial, o constituya una absorción de este último respecto de aquéllos, sino solamente el cumplimiento de una finalidad que le es propia.

Y si bien más adelante Cooley sostiene la necesi-dad de que la declaración de inconstitucionalidad requiera petición de parte ya que, a su criterio, "...es solamente cuando alguna persona trata de resistir su aplicación y llama en su auxilio al Poder Judicial para pronunciar su no aplica-ción sobre ella, sobre su propiedad y sobre sus derechos, que la objeción de inconstitucionalidad puede ser presentada y sustanciada..." (op. cit., pág. 232), cabe reparar en que el alcance de esa conclusión no puede ser desvinculado de la consideración de las características propias que posee el control constitucional norteamericano. En efecto, en el mode-lo de control constitucional estadounidense, la necesidad de que exista petición de parte que lo estimule, resulta un im-prescindible contrapeso del principio de la jurisprudencia vinculante, en cuanto la judicatura se ajusta al stare deci-sis. Es decir, la instancia de parte se impone como un apropiado balance frente a los efectos expansivos de la declaración de inconstitucionalidad, que una vez pronunciada hace que la ley o precepto afectado pierda su validez en todo el territorio de la Unión, a punto tal que la práctica constitu-cional norteamericana imponga al Poder Ejecutivo no aplicar la norma en lo sucesivo.

Que esta última circunstancia no tiene reflejo en el sistema de control constitucional argentino, pues la de-claración de inconstitucionalidad de una ley por nuestros jueces tiene efectos exclusivamente para el caso concreto sometido a juzgamiento (Fallos: 183:76; 247:700; 253:253; etc.). Desde esa perspectiva, pues, encontrándose en nuestro medio limitados los efectos de la declaración de inconstitu-cionalidad al litigio en que se pronuncia (la ley declarada inconstitucional sigue siendo obligatoria en los demás casos en los que es aplicable), no resulta posible concebir racionalmente ninguna posibilidad de absorción del Poder Judicial sobre los otros poderes del Estado, ni entender como jurídicamente necesario el establecimiento de la prohibición del control de oficio. En este sentido, ni siquiera las declara-ciones de inconstitucionalidad pronunciadas por esta Corte tienen una eficacia expansiva semejante a la del modelo nor-teamericano, sin perjuicio del deber que tienen los jueces de conformar sus decisiones a las del Tribunal, pero sólo para casos estrictamente análogos (Fallos: 212:51; 312:2007), y sin perjuicio de lo que pudiera resultar de situaciones muy especiales (arg. art. 19 de la ley 24.463).

15) Que otro argumento otrora utilizado para fundar la prohibición del control constitucional de oficio, consis-tió en sostener que ello resulta

contrario a la presunción de legitimidad de los actos del Estado (Fallos: 234:335).

La fragilidad de este razonamiento surge ni bien se aprecia que esa misma presunción existe cuando el control constitucional resulta habilitado por una petición de parte, sin que en tal caso su presencia forme óbice insalvable algu-no para la procedencia del planteo. En ese sentido, también cabe observar que si, como es notorio, la presunción de legi-timidad del acto estatal cae frente a la comprobación de su inconstitucionalidad instada por una parte, no se ve porqué no debería ocurrir lo mismo cuando el examen constitucional se hace de oficio en un caso dado. Luego, lo razonable no es sostener que el control constitucional de oficio resulta con-trario a la vigencia de la apuntada presunción, sino afirmar que esta última siempre debe ceder frente a la inconstitucio-nalidad comprobada, sea a pedido de parte o de oficio, en cualquier caso judicial.

16) Que igualmente se dijo que la facultad que tie-ne todo juez de seleccionar el derecho aplicable al caso, no autoriza la declaración oficiosa de inconstitucionalidad.

Que la inconsistencia de este argumento, que fue acogido en Fallos: 204:671, queda al descubierto frente al hecho de que si el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente trasuntado en el antiguo adagio iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la consti-tucional, y desechando la de rango inferior. En cuanto se trata de aplicar el derecho vigente, no puede la actuación del juez quedar supeditada al requerimiento de las partes (Fallos: 321:1058, voto del juez Fayt, y sus citas).

17) Que es dable destacar, asimismo, que la decla-ración de inconstitucionalidad de oficio tampoco implica una violación del derecho de defensa, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio).

18) Que no es posible disimular, de otro lado, que la doctrina de la prohibición de la declaración de inconsti-tucionalidad de oficio, suscita notables contradicciones con otras decisiones de la Corte.

Que, en este sentido, si fuera cierto que el prin-cipio de separación de los poderes resulta quebrantado por el control de constitucionalidad de oficio, no se observa por qué ello no habría de ocurrir igualmente en el orden interno de algunos estados provinciales cuyas constituciones autori-zan expresamente esa forma de control. Y si así fuese, es decir, si hubiera un verdadero quebrantamiento institucional incompatible con un principio republicano tan caro como el de la separación de poderes, resultaría por lo menos inconsistente la doctrina de esta Corte recordada en el considerando 5° de este pronunciamiento, según la cual, en el marco del art. 14 de la ley 48, no es revisable el ejercicio que hicie-ran los tribunales provinciales de su facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes cuando las cons-tituciones locales los autorizan a ello. Por el contrario, esta Corte se vería en tales casos obligada a intervenir a fin de preservar, precisamente, el sistema republicano de gobierno (arts. 5, 31 y 116 de la Constitución Nacional).

Asimismo, el Tribunal ha tenido ocasión de descali-ficar una sentencia proveniente de un superior tribunal de provincia por haberse abstenido de declarar de oficio la in-constitucionalidad de una ley local por ser contraria a una ley nacional (Fallos: 319:2925), solución que ciertamente no guarda concordancia con la doctrina prohibitiva expuesta en Fallos: 190:142.

19) Que, por otra parte, reiteradamente ha señalado el Tribunal que "es elemental en nuestra organización consti-tucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no con-formidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuen-tran en oposición con ella" (Fallos: 312:2494; 314:313, 875 y 1741; 317:44, entre otros).

Que tal regla, bien vista, lejos de vedar el con-trol de oficio de inconstitucionalidad, brinda una solución que sirve de sustento a la posición inversa, pues resulta evidente que la abstención de aplicar una ley que se entienda opuesta a la Carta Magna, implica necesariamente la previa declaración de su inconstitucionalidad, ya que, como también lo ha señalado la doctrina de esta Corte, ningún tribunal judicial puede inaplicar una norma si el descarte no proviene de su declaración de inconstitucionalidad (doctrina de Fa-llos: 319:2617, entre otros).

20) Que si bien el art. 2° de la ley 27 establece que la justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejer-ce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte, tal prohibición no apunta a los actos del procedimiento ya iniciado, ni a las cuestiones que son típicamente de

derecho, sino a la posibilidad de instar ofi-ciosamente una causa para hacer declaraciones generales o abstractas. A lo que no es inapropiado agregar que el art. 3° de esa misma ley, claramente se afilia a la posibilidad del ejercicio de un control constitucional de oficio, al estable-cer que uno de los objetos de la justicia nacional "...es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescin-diendo, al decidir las causas, de toda disposición cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella...".

21) Que, valga remarcarlo, el control de oficio de la constitucionalidad de las leyes, cuando se actúa como tri-bunal y no como cabeza de poder, no desvanece sino que, por el contrario, supone como necesaria premisa, la de que exista una "causa" o "controversia" (Fallos: 307:2384; 308:1489), sin que al igual que en el caso de control a instancia de parte quepa ejercerlo en el marco de las llamadas opiniones consultivas (Fallos: 188:179), o para hacer declaraciones generales de inconstitucionalidad (Fallos: 311:787 y 2580), o respecto de cuestiones abstractas (Fallos: 260:153; 311:787). Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada al litigio mediante otros argumentos distintos de los consti-tucionales implicados en la causa, corresponde prescindir de estos últimos y atender a aquéllos otros para la resolución del caso (Fallos: 300:1029; 305:1304), y no siendo ese el supuesto, la declaración de inconstitucionalidad no debe ir más allá de lo estrictamente necesario para juzgar (Fallos: 303:893). En este orden de ideas, es también aplicable la conocida doctrina de esta Corte según la cual la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma grave-dad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico, por lo que, en caso de duda, cabe estar a su constitucionalidad (Fallos: 285:322, entre muchos otros).
22) Que sentado lo anterior, y con relación al fon-do del asunto, esta Corte ha interpretado reiteradamente que la intangibilidad de las retribuciones de los jueces es ga-rantía de la independencia del Poder Judicial, de manera que cabe considerarla, juntamente con la inamovilidad, como ga-rantía de funcionamiento de un poder del Estado. Asimismo, ha sostenido que la garantía de irreductibilidad de los sueldos está conferida no para exclusivo beneficio personal o patri-monial de los magistrados sino para resguardar su función de equilibrio tripartito de los poderes del Estado, de modo que la vía abierta en esta causa no tiende tanto a defender un derecho de propiedad de los actores como particulares, y a título privado, sino la ya referida garantía de funcionamien-to independiente del Poder Judicial, cuya perturbación la Ley Suprema ha querido evitar al consagrar rotundamente la inco-lumidad de las remuneraciones judiciales (Fallos: 315:2386).
23) Que igualmente, en Fallos: 176:73, el Tribunal dijo que la intangibilidad de la remuneración de los jueces ha sido establecida no por razón de la

persona de los magis-trados, sino en mira de la institución del Poder Judicial, a la que los constituyentes han querido liberar de toda presión de parte de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia. Sustancialmente, en consecuencia, la intangi-bilidad de los sueldos no es estrictamente una garantía en favor de tales magistrados, sino un seguro de su independen-cia efectiva que beneficia a la misma sociedad en tanto tien-de a preservar la estricta vigencia del estado de derecho y el sistema republicano de gobierno.
24) Que, por otra parte, debe tenerse presente que la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin, cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo al contenido de las demás; la inteli-gencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equili-brio del conjunto (Fallos: 296:432). En la búsqueda de esa armonía y equilibrio debe evitarse que las normas constitu-cionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se debe procurar dar a cada una el sentido que mejor las concierte y deje a todas con valor y efecto. Con estas pautas, no es vá-lido asignar como lo hizo la corte local a la garantía que consagra la intangibilidad de las remuneraciones de los ma-gistrados, una extensión tal que desconozca las facultades que el art. 75 inc. 11 de la Ley Fundamental confiere al Con-greso de la Nación para "hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras".

25) Que, en este orden de ideas, la ley 23.928 constituye una decisión clara y terminante del Congreso de la Nación de ejercer las funciones que le encomienda el art. 75, inc. 11, de la Constitución Nacional, para hacer sellar mone-da y fijar su valor; y ante tal acto legislativo no sólo han quedado derogadas disposiciones legales sino que también de-ben ser revisadas las soluciones de origen pretoriano que admitían el ajuste por depreciación, en cuanto, precisamente, se fundaron en la falta de decisiones legislativas destinadas a enfrentar el fenómeno de la inflación. De ahí que no puede mantenerse idéntico temperamento respecto de este punto con relación a períodos posteriores al 1° de abril de 1991 (Fa-llos: 319:3241, voto del juez Vázquez, considerando 22).

26) Que, así las cosas, la prohibición establecida por la ley 23.928 de recurrir al ajuste por depreciación des-pués de la fecha indicada, lejos de vulnerar la independencia judicial y vulnerar la garantía constitucional invocada por los actores, procura preservar ambas del flagelo inflaciona-rio que otrora esta Corte tuvo oportunidad de comprobar y remediar (Fallos: 307:2174; 308:1932, entre otros), estable-ciendo de nuevo el equilibrio monetario que se quebraría si se conservase la inercia de criterios indexatorios.

Por ello y oído el señor Procurador General, se rechaza la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se revoca la sentencia. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corres-ponda, se dicte una nueva con arreglo a la presente. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión deba-tida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Intégrese el depósito. Archívese la queja. Notifíquese y remítase. ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

ES COPIA
DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON JULIO S.NAZARENO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI
Considerando:
1°) Que un grupo de magistrados de la Provincia de Corrientes promovió la demanda de autos con apoyo en la ga-rantía de la intangibilidad de sus remuneraciones, a fin de que el Estado provincial le pagara una suma compensatoria del proceso de depreciación monetario ocurrido entre enero de 1984 y mayo de 1988.
2°) Que el 5 de junio de 1992 el Superior Tribunal de Corrientes admitió la demanda y condenó a la demandada a abonar las diferencias correspondientes que, en cada caso, surgían del expediente administrativo por el período compren-dido entre el 1° de enero de 1984 y el 30 de abril de 1988; asimismo ordenó que las sumas adeudadas fueran actualizadas desde el momento en que deberían haberse pagado hasta la fe-cha de su efectiva cancelación.
3°) Que para decidir de tal modo el superior tribu-nal local sostuvo que la intangibilidad implicaba “la prohi-bición absoluta de disminuir tales remuneraciones” y que era “público y notorio el proceso de envilecimiento de nuestra moneda” durante el período que era objeto de reclamo; por otro lado, tuvo por acreditado que en dicho lapso el Estado provincial no había cumplido con el deber de mantener incólu-me las compensaciones de los actores. Además, rechazó la de-fensa de prescripción articulada por la demandada con apoyo en el art. 4032 del Código Civil y, por último, sin que me-diara pedido de parte, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 7, 10 y 13 de la ley 23.928, de convertibilidad del austral, y de la ley provincial 4558 de consolidación de deu-da pública.
4°) Que contra dicho fallo la demandada interpuso el recurso extraordinario federal (fs. 281/287) que fue con-testado a fs. 292/294 y parcialmente concedido (fs. 347/353). Con relación a los aspectos en que fue denegado, el apelante dedujo el pertinente recurso de queja que corre agregado por cuerda al sub judice.

5°) Que la recurrente formula, en síntesis, los siguientes agravios: a) la sentencia es arbitraria porque no surge de autos que el Estado haya incumplido la garantía de la intangibilidad antes mencionada; por el contrario, sostie-ne que la prueba producida acredita que existieron "importan-tes recomposiciones salariales a los magistrados...mejoras que fueron muy superiores a los otros sectores del empleo público" (fs. 283); b) el reclamo atinente a los dieciocho primeros meses del período en cuestión - esto es, lo pretendi-do antes del 30 de junio de 1986- se encuentra prescripto por imperio del art. 4032 del Código Civil, que es la norma que debió aplicar el sentenciante, en lugar del art. 4027 del mismo cuerpo legal; c) la declaración de inconstitucionalidad de oficio de la ley 23.928 y de la ley provincial 4558 cons-tituye una grosera violación de la garantía de la defensa en juicio (fs. 284); d) estas leyes no son violatorias de ningu-no de los derechos amparados por la Constitución Nacional o provincial porque fueron dictadas con fundamento en el ejer-cicio del poder de policía de emergencia del Estado a fin de asegurar la supremacía del interés general y eliminar la in-flación que produce la corrección del valor monetario por índices.

6°) Que los planteos enunciados en los puntos a y b del considerando anterior deben ser desestimados porque remi-ten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común que son ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instan-cia extraordinaria del art. 14 de la ley 48 máxime cuando, como ocurre en el caso, la sentencia cuenta con fundamentos suficientes que la colocan al abrigo de la tacha de arbitra-riedad.

7°) Que, en cambio, con respecto al agravio conte-nido en el punto c por el que fue concedido el remedio fede-ral (ver fs. 353 y 276, punto 2°), corresponde señalar que, de conformidad con antigua doctrina de esta Corte, los jueces no están facultados para declarar de oficio la inconstitucio-nalidad de las leyes (Fallos: 282:15; 289:89; 303:715; 305:302 y 2046; 306:303; 310:1090 y 1401; 311:1843, entre otros).

Dado que el a quo declaró la inconstitucionalidad de la ley nacional 23.928 apartándose del principio referido, y que, por otra parte, declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 4558 sin reparar en que esta declaración im-portó pronunciarse de oficio en contra de la validez de la ley nacional 23.982 -cuyos preceptos la ley provincial inva-lidada reprodujo-, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en tal sentido.

8°) Que por el resultado al que se arriba resulta inoficioso pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes citadas en el considerando anterior.

Por ello y oído el señor Procurador General, se rechaza la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se deja sin efecto el fallo recurri-do. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente. Costas por su orden por el modo en que prosperan los agravios (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Archívese la queja. Notifíquese y, oportunamente, remítase.
JULIO S. NAZARENO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COPIA

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON EDUAR-DO MOLINE O'CONNOR
Considerando:
Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 6°, de la disidencia parcial de los jueces Nazareno y Petracchi.

7°) Que, en cambio, con respecto al agravio conte-nido en el punto c ‑por el que fue concedido el remedio fede-ral (ver fs. 353 y 276, punto 2°)‑ corresponde señalar que, de conformidad con una antigua y consolidada jurisprudencia de esta Corte, la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos sólo puede pronunciarse a petición de parte intere-sada (conf. causa "S.A. Ganadera "Los Lagos" c/ Nación Argen-tina", ver Fallos: 190:98), estándole vedado a los jueces declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas (Fa-llos: 199:466; 200:189; 202:249; 204:671; 205:165 y 545; 242:112; 248:702 ,840; 249:51; 250:716; 251:279 y 455; 252: 328; 253:133; 254:201; 257:151; 259:157; 261:278; 267:150; 269:225; 282:15; 284:100; 289:177; 291:499; 303:715; 304:967; 306:303; 310:1090; 311:1843, 2088; 313:1392). En este sentido se ha señalado que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de "poder" que no le sea dado controlar por propia iniciativa ‑de ofi-cio‑ los actos legislativos o los decretos de la administra-ción, en virtud de que, para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio entre los tres poderes, resulta indispensable que exista en pleito una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de algu-nos de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios o garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 190:98 ya cit.; 234:335; 310:1401). No es dable a los jueces, en consecuencia, si los textos respecti-vos no han sido objeto de planteamiento y tacha de inconsti-tucionalidad por el eventual afectado, expedirse de oficio al respecto (Fallos: 310:1401), doctrina de la que sólo cabe prescindir cuando la norma cuestionada afecta la autonomía

funcional del Poder Judicial, se trata de reglamentaciones legales que exceden las atribuciones jurisdiccionales de los tribunales, o cuando la Corte hizo ejercicio de las faculta-des derivadas del art. 113 de la Constitución Nacional (Fa-llos: 185:140; 238:288; 306:8; 314:948; 318:1772).

Como se recordó en el precedente referido en primer término ‑con cita de Cooley‑ es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos se encuentren real-mente afectados. Sólo entonces la potestad legislativa y eje-cutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegí-tima, pues la norma se presume constitucional y "sólo cuando una persona intenta resistir la aplicación de una ley a un caso concreto y, de ese modo, solicita la ayuda del Poder Judicial para que se declare su inconstitucionalidad, dicha objeción puede ser sustanciada" (Cooley, Thomas M., 7th. edi-tion, Boston: Little, Brown and Company, ed. 1903, pág. 228). Sin este freno, se afirmó, el equilibrio de los tres poderes ‑condición esencial del gobierno organizado por la Constitu-ción‑ se habría roto por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos (ver asimismo Fallos: 305:2046; 310:1090).

8°) Que tal interpretación restrictiva del ejerci-cio del control de constitucionalidad encuentra su fuente de legitimación en la misma raíz filosófica de nuestro sistema democrático, que reconoce como modelo institucional al plas-mado en la Constitución de los EE.UU. Dentro del orden cons-titucional que nos rige, la atribución de dictar las leyes constituye una facultad privativa del Congreso de la Nación, cuya actuación se presume cumplida en forma regular. Asimis-mo, por la vigencia del régimen representativo republicano, el pueblo no delibera ni gobierna sino por sus representan-tes, y son éstos los encargados de dictar las leyes, por la delegación que implica la elección popular con esa finalidad.

En este contexto de legitimación institucional, configura ‑por lo menos‑ una "anomalía" que un individuo (el juez) o un grupo mínimo (los miembros de la Corte Suprema de Justicia) puedan adoptar decisiones contrarias a los actos del Congreso y del presidente, representantes de la voluntad popular expresada en las urnas (conf. Lowenstein, "Teoría de la Constitución", pág. 314, Ed. Ariel, 1965); ello en tanto importaría el desconocimiento de la voluntad expresada a tra-vés de los actos electorales por parte de órganos no someti-dos al control electoral ni a la renovación de sus empleos, los cuales ‑eventualmente‑ podrían alzarse contra la suprema-cía de las mayorías, invalidando sus decisiones . Explica por ello Cooley que el control de constitucionalidad es una tarea en extremo delicada, pues "constituye un acto solemne el de-clarar que un cuerpo de hombres, a quienes el pueblo les

ha confiado la soberana función de sancionar las leyes para el bienestar de la comunidad, ha violado aquellas limitaciones que le fueron impuestas como autoridad delegada y, por ende, usurpado el poder que el pueblo cuidadosamente reservó para sí" (Cooley, op. cit., pág. 228).

9°) Que, no obstante ello, este poder para declarar sin valor las leyes contrarias a la Constitución "es la últi-ma y más segura garantía de los particulares contra la omni-potencia legislativa que, por error o falta en el ejercicio del mandato legislativo, fácilmente puede degenerar en despo-tismo. Ello es así pues los legisladores tienen medida su autoridad por la Constitución; son elegidos para hacer lo que ésta permite, y nada más, y prestan juramento solemne para obedecerla y sostenerla. Cuando descuidan estas prescripcio-nes, usurpan la autoridad, abusan de la confianza en ellos depositada y violan la promesa que por el juramento han con-firmado" (González, Joaquín V., con cita de Cooley, en "Ma-nual de la Constitución Argentina", Ed. Estrada, año 1971, pág. 317).

Por su parte, los ciudadanos, que participan de la formación del orden jurídico mediante la elección de quienes sancionarán las leyes, ostentan derechos de jerarquía supra-legal. La Constitución se limita a reconocerlos como preexis-tentes a su sanción, como no enumerados ‑pero igualmente válidos‑ y que nacen "de la soberanía del pueblo" (art. 33). Tal reconocimiento, pues, traduce la existencia de una zona de reserva de los habitantes de la Nación en cuanto al ejer-cicio de sus derechos básicos, que se refleja adecuadamente en el sistema de control de constitucionalidad.

Cabe recordar en este punto que tanto la jurispru-dencia como la doctrina en forma unánime reconocen ‑al margen de la exigencia de petición de parte‑ que la declaración de inconstitucionalidad limita sus efectos al caso en el cual se la decreta; esto es, beneficia sólo a la parte que la planteó en una causa judicial, sin vincular ‑en nuestro sistema‑ a otros tribunales o incluso al mismo que dictó al fallo en futuros casos análogos. Bajo la clásica teoría del caso "Mar-bury", un tribunal, al declarar la inconstitucionalidad de una norma, simplemente le niega fuerza legal en el caso traí-do ante sus estrados. Con este alcance, una decisión sobre constitucionalidad "afecta únicamente a las partes y no es un juicio contra la norma" (conf. Gunther, Gerald y Sullivan, Kathleen M.; "Constitutional Law", thirteenth edition, págs. 26/27, University Casebook Series, 1997). De este modo, como lo ha expresado la jurisprudencia norteamericana, "una norma puede ser inválida cuando es aplicada en una situación fácti-ca y, sin embargo, ser válida cuando es aplicada a otra" ("Dahnke‑Walker Co. v. Bondurant", 257 U.S. 282; "Yozoo & M.R.V.Co. v. Jackson Vinegar Co.", 226 U.S. 217;

"Poindexter v. Greenhow", 114 U.S. 270, 295; "St. Louis, Iron Mountain & Southern Ry.Co. v. Wynne", 224 U.S. 354; "Kansas City Sout-hern Ry.Co. v. Anderson", 233 U.S. 325).

Esta limitación, en rigor, solamente armoniza con la doctrina tradicional que exige el oportuno requerimiento de la parte interesada, en tanto dicho planteo importa la expresión de voluntad de un habitante agraviado en sus dere-chos reservados ‑no delegados a sus representantes, que solicita ante el órgano judicial su exclusión como norma cons-titucionalmente válida en el marco de la litis que origina su afectación. La "inaplicabilidad" de la norma en el caso con-creto importa una manifestación genuina del principio de la soberanía del pueblo: el individuo, ante la invasión de sus derechos no delegados, decide no aceptar la norma inconstitucional; mas dicha opción individual no puede proyectar sus efectos sobre sus conciudadanos, quienes en el ámbito de sus derechos soberanos pueden someterse, libremente, al régimen normativo por él repudiado.

10) Que, a partir de estos presupuestos, en tanto su actuación sea solicitada en concreto por un sujeto afecta-do para reparar la lesión de sus derechos individuales, los jueces se constituyen en "guardianes de la Constitución", ello a pesar de que conforman en el decir de Frankfurter "el menos democrático de los tres poderes, ya que es ajeno por su elección y por su duración a las reglas y pautas que rigen la formación de los otros dos poderes". De ese modo, es también el pueblo fuente del poder mismo el que instituye a los jueces como custodios de una carta de gobierno que esta-blece multitud de limitaciones y controles recíprocos en el ejercicio del poder, cuyo destinatario es el individuo en particular y no el conjunto de ellos, ya que su libertad constituye un valor primigenio y anterior a la Constitución. Sus únicos límites legítimos son aquellos que el conjunto de los individuos estableció para el gobierno común.

Claro está que en esta zona de "reserva" de aquellos derechos no delegados, así como no pueden ingresar los poderes políticos, tampoco cabe el ingreso no consentido del Poder Judicial. Si el individuo los ha reservado, tiene total autonomía para decidir qué hace ante la extralimitación de sus representantes; y una de sus decisiones posibles es consentirla, sin que nadie por tratarse del mas puro "auto-gobierno", ni siquiera los tribunales, puedan sustituir su libre determinación

11) Que en este contexto, la declaración de incons-titucionalidad se manifiesta como un medio de armonizar el derecho de las mayorías a hacer prevalecer su criterio de gobierno, y la potestad primigenia del individuo, quien, con el auxilio del juez, al padecer la invasión de su zona de libertades

no delegadas mediante la carta constitucional, se alza contra el principio mayoritario, invalidando con alcance singular la norma establecida por los órganos de gobierno emanados de la representación popular. Logra, de tal modo, su inmunidad personal frente a una ley inconstitucional. El ejercicio de la petición de inconstitucionalidad de un acto de gobierno ante los estrados judiciales, constituye así la expresión máxima de autonomía del ciudadano, quien, afectado en sus derechos no delegados, reclama su plena vigencia no obstante los excesos en que pudiesen haber incurrido sus representantes en el manejo de la cosa pública. En el control de esta zona de "autogobierno" exenta de la autoridad de los magistrados, cada habitante puede elegir si acepta o no el accionar de sus representantes.

12) Que, a la luz de esta fundamentación, el ejer-cicio de las atribuciones de los tribunales de justicia debe ser provocado y se ejerce en el marco de la causa sometida a su consideración (art. 116 de la Constitución Nacional). "Ni la Constitución de los Estados Unidos ni la nuestra, al dar al poder judicial la facultad de verificar la constituciona-lidad de las leyes, han violado el principio de separación de poderes. No lo han investido con un poder ilimitado y sin restricciones, capaz de subordinar a su capricho a los otros. La primera de las limitaciones a ese poder de las cortes es que nunca el poder judicial procede de oficio, sino a requi-sición de la parte interesada en una causa particular" (conf. González Calderón, Juan A., "Derecho Constitucional Argenti-no", t. I, pág. 479, Lajouane Editores, 1930). Al individuo le cabe pues esta iniciativa: es el único legitimado para ello y el juez revestido de imperio hace valer la protec-ción invocada por quien padece la invasión de su zona de au-togobierno. De lo contrario, el magistrado, en una suerte de paternalismo impropio, podría suprimir según su particular criterio y valoración la norma dictada por los órganos de gobierno representativos de los justiciables, interfiriendo en las funciones privativas de los otros poderes sin que na-die se agravie del modo en que las ejercen. El ciudadano no sólo tiene el derecho de rechazar la vigencia de los actos del Ejecutivo y del Legislativo, sino también el de rechazar la intromisión del Poder Judicial en esa zona propia, pues allí el individuo, no el magistrado es dueño de su destino.

13) Que, por otra parte, la inadmisible potestad de descalificar de forma oficiosa la validez de la legislación vigente sobre la base de la cual los litigantes han susten-tado sus planteos se traduce en evidente menoscabo del dere-cho de defensa en juicio, toda vez que quiebra la igualdad de las partes en el proceso, ya que no se dispondría de una oportunidad procesal para argumentar acerca de la constitu-cionalidad del marco normativo de la causa, siendo que su declaración de invalidez sólo sería pertinente mediando un amplio y explícito debate sobre el particular (Fallos: 269:225). Tal

situación, por lo demás, no importa un ejerci-cio ordinario de la facultad que todo juez tiene de seleccio-nar el derecho aplicable al caso con prescindencia de su in-vocación por la parte expresada en la máxima iura novit cu-ria, pues en este supuesto el magistrado aplica la legisla-ción vigente, mientras que, cuando ejerce el control de cons-titucionalidad por propia iniciativa, abroga por su voluntad una norma regularmente sancionada, que se encuentra en vigor y que goza de presunción de validez (Fallos: 251:455). Dentro de las facultades propias de la jurisdicción se encuentra la de aplicar normas vigentes no citadas por las partes, o efec-tuar interpretaciones de las invocadas que no coincidan con las postuladas por los contendientes, potestad que de ningún modo puede identificarse con la potestad de invalidar un acto de gobierno en razón de su inconstitucionalidad.

De ese modo lo ha entendido esta Corte, cuando re-solvió que la declaración de inconstitucionalidad no es una mera aplicación del principio expresado en la máxima iura novit curia, en tanto "aquí no se trata de simples razones diversas, sino de la nulidad constitucional de un decreto dictada sin audiencia de la parte que la invocó sin contra-dicción en primera instancia y que fue reconocido y aplicado por el fallo consiguiente" (Fallos: 204:671).

14) Que, habida cuenta de las circunstancias de este caso, donde el a quo declaró la inconstitucionalidad de la ley nacional 23.928 apartándose del principio referido; y que, asimismo, declaró la inconstitucionalidad de la ley pro-vincial 4558, sin reparar en que esta declaración importó pronunciarse de oficio en contra de la validez de la ley na-cional 23.982 cuyos preceptos la ley provincial invalidada reprodujo, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en tal sentido. Atento al resultado al que se arriba, resulta inofi-cioso pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes citadas en el considerando anterior.

Por ello, y oído el señor Procurador General, se rechaza la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se deja sin efecto el fallo recurri-do. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente. Costas por su orden por el modo en que prosperan los agravios (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Archívese la queja. Notifíquese y, oportunamente, remítase. EDUARDO MOLINE O'CON-NOR.

LOS LAGOS Sociedad Anónima Ganadera
c/ Gobierno Nacional

Opinión del Procurador General de la Nación

La sentencia apelada ha declarado prescripto el derecho para demandar a la Nación sobre nulidad de un decreto dictado por el P.E. sobre concesión de tierras fiscales que afectan a la actora Soc. An. Ganadera Los Lagos según así lo sostiene ésta en la presente causa. Tal declaración se funda en doctrina de V.E. que se cita en la aludida sentencia.

Por ello y dando por reproducidas las defensas opuestas por el ministerio fiscal, pido se confirme en todas sus partes, con costas, el fallo apelado.- Octubre 7 de 1.940.- JUAN ALVAREZ.

Buenos Aires, junio 30 de 1941.

Considerando:

Que la Cámara Federal de la Capital, ha desechado la demanda por estimar prescripta la acción, con arreglo a los siguientes antecedentes: el actor con fecha 25 de septiembre de 1.934 pidió la nulidad del decreto del P.E. de la Nación del 21 de abril de 1.917 cuya parte dispositiva (art. 3) declaraba caducas las ventas hechas y formalizadas por el Gobierno nacional a los antecesores del actor en el dominio, disponiendo, en consecuencia, respecto de las tierras comprendidas en el presente juicio, que el Reg. de la Propiedad, tomase razón, como fue practicado, de las referidas caducidades.

Que opuesta la prescripción de la acción de nulidad por el procurador Fiscal con arreglo a lo prevenido por los arts. 4023 y 4030, la Cámara Federal de la Capital de la República, después de señalar que se trata ‘de una nulidad que habría de ser declarada sólo en beneficio de determinadas personas, es decir, de un interés privado, como basta a demostrarlo el hecho de que no podría sancionarse sino a petición de los titulares del supuesto derecho que se invoca’, y, además, que han transcurrido más de 17 años desde que se dictó

el susodicho decreto hasta la interposición de la demanda, resuelve que la acción se halla prescripta.

Que de acuerdo con lo dicho el punto sometido a la decisión del tribunal consiste en determinar cuál es la naturaleza de la nulidad que se atribuye al decreto del P.E. del año 1.917 ya que de la elucidación de esa cuestión depende que la defensa de prescripción proceda o no.

Que las reglas de los arts. 1037 y sigts. del Código Civil acerca de las nulidades de los actos jurídicos si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, nada obsta para que representando aquéllas una construcción jurídica basada en la justicia su aplicación se extienda al derecho administrativo cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquélla con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina.

En el presente caso, además, dando por admitido que por extensión las reglas de la prescripción se aplican también a las relaciones del Estado con los particulares cuando se halla en juego la propiedad privada de los últimos, aunque aquél actúe mediante decretos administrativos, el Poder Judicial está autorizado para analizar la validez o nulidad de un acto de autoridad en cuanto se afirme que mediante él se han desconocido o allanado garantías o preceptos constitucionales y, sobre todo, cuando ese análisis es indispensable y en cierto modo previo para saber si la prescripción está o no producida. De eso cabalmente se trata en estos autos.

Que, desde luego, las nulidades en el derecho administrativo, como en el civil, se consideran respecto de los distintos elementos que concurren a la formación del acto considerado, esto es, a la competencia del funcionario que lo otorgó, al objeto o finalidad del mismo y a las formas de que debe hallarse revestido. La falta de aptitud del P.E., derivada de carecer de facultades para poner en movimiento su actividad en un sentido determinado o la prohibición de realizar ciertos actos que, por motivos especiales, chocarían con la organización y contenido de las ramas del gobierno o con las garantías individuales; o la omisión de aquellos requisitos de carácter formal prescriptos por las leyes y los reglamentos, constituirían otras tantas causas esenciales de invalidez en la apreciación y examen de un acto administrativo.

Puede agregarse, anticipando la solución, que en todos esos supuestos la nulidad del acto sería completa y total, es decir, absoluta, aun cuando su declaración sólo pueda pedirse por los particulares interesados en él.

Que esta conclusión, es, desde luego, indudable dentro de la teoría de las nulidades desenvuelta en relación a los actos del derecho privado. El Código Civil no contiene una enumeración de lo que debe entenderse por nulidad absoluta y nulidad relativa; se limita en los arts. 1047 y 1048 a señalar quienes pueden declararla o alegarla, según sea manifiesta o no. No existe correlación completa entre los actos declarados nulos por los arts. 1043 y 1044 y los de nulidad absoluta a que se refiere el art. 1047, y, tampoco, entre los actos anulables del art. 1045 y los de nulidad relativa a que se refiere el art. 1048. pero ello no obstante, las propias disposiciones del código argentino, el antecedente que le sirviera de modelo y la elemental conclusión de que un acto debe ser de nulidad absoluta cuando le falta alguno de los elementos esenciales para nacer, como la capacidad, la forma o el objeto, demuestran que lo que no llegó a formarse por falta de uno de éstos es insubsistente. Y es así, que el Dr. Bibiloni en el anteproyecto presentado a la Comisión de reformas del Código Civil (t. 1, pág. 192, art. 11), incorporando al texto de Freitas, enuncia entre los actos de nulidad absoluta, además de los comprendidos por los arts. 1043 y 1044, el del inc. 2 considerado como acto anulable por el art. 1045. Inversamente, incluye como actos de nulidad relativa los actos anulables del art. 1045 salvo el inc. 2 incluido antes entre los de nulidad absoluta.

Que este inc. 2, que no obstante reputar acto anulable la situación contemplada en él, lo califica de nulidad absoluta, contiene la solución legal de la cuestión planteada en este juicio. Efectivamente, a pesar de ser anulable el acto y por consiguiente de no poder ser declarada por el juez tal nulidad sino a petición de parte, debe reputárselo de nulidad absoluta. Cuando, pues, dice el art. 1045, ap. 2, del Código Civil, fuese desconocida la incapacidad de derecho o la prohibición de la ley acerca del objeto del acto en el momento de su otorgamiento, por la necesidad de alguna investigación de hecho, indudablemente alude a causas de nulidad basadas en la violación de la ley y del orden público cuya prueba no resulta del acto mismo. La necesidad de esa investigación previa, para resolver acerca del verdadero carácter de la nulidad, no impide que una vez comprobada la inexistencia de la capacidad o la falta de objeto del acto la nulidad sea tan absoluta y produzca una nulidad de la misma naturaleza que la prevista por los arts. 1044 y 1047 del Código Civil, es decir, absoluta e insusceptible de confirmación aunque su invalidez sólo pueda ser declarada a petición de parte.

Que la solución es aun más clara en el derecho público. El decreto de cuya nulidad se trata es un acto administrativo, o sea un acto de autoridad emanado del P.E. que determina lo que para el actor debió ser el derecho en la materia de que aquél trata (Mayer, t. 1& 8, pág. 119). En esa calidad

posee respecto de la persona a quien afecta la misma fuerza obligatoria ínsita en la ley, salvo la diferencia esencial de faltarle su generalidad; opera en relación al caso individual en forma semejante a las sentencias judiciales y es así la exteriorización de una jurisdicción administrativa especial creada por ser indispensable a la realización del gobierno.

Esos actos administrativos por serlo tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y por consiguiente toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada en juicio; así sucede cuando se han desconocido o vulnerado principios de derecho público o garantías individuales.

Que estos principios y garantías han sido consignados en la Constitución Nacional, precisamente para proteger a los habitantes contra los abusos siempre posibles de los gobiernos, sin que tales abusos pierdan su carácter o queden validados a causa del medio elegido para realizarlos. Tampoco la doble instancia de que la nulidad de tales actos no puede declararse de oficio por los jueces a mérito de la presunción de validez que los acompaña, y de que ella deba solicitarse sólo por las personas a quienes el acto afecte, son suficientes para que se cambie la naturaleza de la nulidad convirtiendo la calidad absoluta de ella por otra confirmable o relativa.

Que la competencia (en el sentido de jurisdicción) es un elemento esencial en el acto administrativo tanto como su equivalente la capacidad lo es en el derecho privado. En éste cuando una persona es de incapacidad absoluta o incapaz de derecho para realizar un acto determinado y la contravención está expresamente prevista en la ley, es decir, es manifiesta, el acto puede declararse nulo de oficio por los jueces con o sin pedido de las partes o del ministerio público en el interés de la moral o de la ley, es decir, su nulidad se confunde con la inexistencia.

Cuando un acto administrativo es otorgado por el P.E., sin competencia para hacerlo, a causa de una prohibición expresa o virtual de la Constitución o de la ley, los jueces no pueden declararlo nulo de oficio, sin una demanda judicial directa o indirectamente relativa al acto en el cual las partes hayan alegado tal nulidad.

Que, si, pues, el acto administrativo es un acto de autoridad o de poder que lleva consigo como expresión de tal poder la presunción de su validez, será siempre necesaria una investigación de hecho usando los términos del art. 1045 C.C. para determinar la incompetencia o la prohibición del objeto del acto, es decir, una demanda en la cual el que ha recibido el agravio

proveniente de la transgresión pruebe la verdad de sus asertos encaminados a destruir la referida presunción de validez.

Que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de ‘poder’ la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa, de oficio los actos legislativos o los decretos de la administración. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar desequilibrio de los tres poderes es indispensable que exista un pleito, una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional. Como ha dicho Cooley, es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados. Sólo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima. Sin este freno el equilibrio de los tres poderes, condición esencial del gobierno organizado por la Constitución, se habría roto por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos.

Que siendo por consiguiente indispensable en el derecho público argentino que la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos sólo pueda pronunciarse a petición de parte, es decir, por aquéllos a quienes perjudique, la circunstancia de no poder serlo de oficio por los jueces no altera la verdadera naturaleza del acto que será inconsistente o nulo, a pesar de esa circunstancia, si el agente fuese incompetente para otorgarlo o resultara prohibido su objeto por la Constitución o por la ley. Y eso, porque no podría decirse sin manifiesta inconsecuencia que la nulidad de un acto que allana disposiciones de carácter constitucional no lesiona al orden público o a la colectividad porque se haya atribuído para mantener el instrumento de gobierno así creado a los directamente interesados en conservarlo, el pedido de nulidad.

En el derecho administrativo por razones institucionales la declaración de actos inexistentes o nulos es independiente del hecho de que ella pueda o no pedirse por los interesados. Más aun, es a éstos a quienes les corresponde constitucionalmente tomar la iniciativa con exclusión de los miembros del Poder Judicial.

Que aplicando estas conclusiones a la nulidad solicitada por la actora al decreto del año 1917 sobre enajenación de tierra pública resultaría:

a) que ese decreto ha sido dictado por el P.E. desconociendo la disposición concluyente del art. 95 de la C.N. que veda al presidente de la Nación el ejercicio de funciones judiciales;

b) que ese mismo decreto al ordenar la cancelación en el Reg. de la Propiedad de las anotaciones del dominio hechas en favor de la actora como consecuencia de los actos de transmisión por escritura pública subscriptos por el propio gobierno, ha desconocido la garantía del art. 17 del mismo instrumento, pues tal cancelación hecha efectiva por el Registro comporta para el propietario las imposibilidad de disponer de los bienes transmitidos en propiedad.

Que lo primero significa el ejercicio de funciones judiciales contraviniendo el art. 95 de la Constitución Nacional, pilar básico del sistema político adoptado y según el cual el Poder Judicial como una de las ramas del gobierno sólo puede ser desempeñado por jueces nombrados en la forma señalada por la Constitución y por las leyes e investidos de la potestad de juzgar con independencia de los otros dos poderes que lo integran.

Que acerca de lo segundo, la sociedad actora ha acompañado los testimonios de escrituras públicas de los que se desprenden que el P.E. transmitió el dominio de las tierras fiscales a que la demanda y el decreto se refieren, después de dar la posesión de las mismas y en la cual como se ha demostrado en los autos todavía se encuentra.

Que esas escrituras públicas hacen plena fe de su contenido hasta que sean argüidas de falsas por acción civil o criminal de la existencia material de los hechos cumplidos en presencia del oficial público y también en cuanto a la realización del acto y de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc. (arts. 993 y 994, C.C.).

Que en resumen promediando en la especie una nulidad absoluta, no le sería aplicable la prescripción de 2 años autorizada por el art. 4030 del C.C., pues éste, según se infiere de su simple lectura, no comprende ninguna de las hipótesis de nulidad previstas por los arts. 18 y 1044, entre las cuales se encuentra la examinada en este juicio. La nulidad manifiesta y absoluta y la absoluta que requiere una investigación de hecho para determinar su verdadera naturaleza, son insusceptibles de prescripción. La disposición de tal artículo, ha dicho esta Corte, reducido a legislar sobre las acciones de nulidad allí previstas, no comprende el caso de un decreto del P.E., acto administrativo por excelencia, que declara la nulidad de actos anteriores de carácter definitivo producido por el mismo P.E. y cuyas consecuencias se hacen efectivas o indirectamente repercuten sobre la facultad de disponer de

la propiedad privada, ejercitando así funciones judiciales vedadas al P.E. por el art. 95 de la Constitución Nacional (Fallos, t. 185, p. 101; t. 179, p. 249 [1]; t. 148, p. 118).

Que, con arreglo a lo dicho, es patente la nulidad del decreto dictado por el P.E. el 21 de abril de 1917, en cuanto trasciende de la esfera administrativa y afecta el dominio que la sociedad actora tiene sobre las tierras descriptas en la demanda.

Con arreglo a lo prescripto por el art. 1050 C.C., la declaración de nulidad vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de dictarse el decreto objetado. Por consiguiente, la anotación de la caducidad de las escrituras de transmisión del dominio ordenada por el decreto del año 1917, carece de todo valor, y así corresponde declararlo.

Que no habiéndose deducido reconvención por el representante del gobierno, acerca de los vicios que imputa a los títulos de dominio sobre los campos fiscales objeto de la transmisión relacionados con los de la actora, este tribunal no se encuentra autorizado para pronunciarse sobre esa cuestión, sin perjuicio de los derechos del gobierno para hacerlos valer en la forma que corresponda según derecho.

En su mérito se revoca la sentencia de la Cámara federal, desestimándose la excepción de prescripción y se declara la nulidad del decreto del 21 de abril de 1917 en cuanto afecta el dominio de la sociedad actora sobre las tierras enumeradas en la demanda, y, por consiguiente, la caducidad de las inscripciones de dominio sobre dichas tierras.

Déjanse a salvo al P.E. las acciones que puedan corresponderle para hacer valer judicialmente las acciones no comprendidas en esta causa. Sin costas, atenta la naturaleza de las cuestiones debatidas.-

Municipalidad de la Capital c. Elortondo

Buenos Aires, Noviembre 12 de 1886.

Considerando: 1. Que las objeciones opuestas a la expropiación, solicitada por la Intendencia Municipal, de toda la propiedad de la señora de Elortondo, se reducen a que la ley de noviembre 4 de 1884 no autoriza la expropiación de las propiedades sino en la parte que tenga que ocupar la Avenida de Mayo, cuya construcción ha sido declarada de utilidad pública; que la ley de setiembre 13 de 1866, a que se refiere la anteriormente citada de 1884, solo permite la ocupación de los bienes provinciales y de propiedad particular indispensables para la construcción de las obras, cuya utilidad pública ha sido previamente declarada por una ley; y finalmente, que si las citadas leyes comprendiesen en sus términos la facultad de expropiar bienes que no han de ser ocupados por la obra en cuestión y cuya apropiación se hace con el confesado propósito de obtener por su enajenación un provecho en favor de la Municipalidad, serían inconstitucionales como contrarias al principio de la inviolabilidad de la propiedad, consagrado por el art. 17 de la Carta Fundamental.

2. Que es inútil entrar a un examen detenido de los términos de las disposiciones legales ya citadas, desde que una y otra lo son tan explícitas que no dejan duda sobre su inteligencia: "las fincas y terrenos que resulten afectados por la apertura de la expresada Avenida»" dice la ley de 1884; y la

de 1866: "aquellos bienes del dominio provincial o de particulares, cuya ocupación se requiera para ejecutar obras de utilidad nacional". En el primer caso no se comprendería por qué la ley habría hecho uso de la frase genérica "resulten afectados", cuando su alcance solo era del terreno ocupado por la Avenida, y en el segundo, por qué al fijar la regla se refiere al terreno que se requiera si las necesidades de cada caso no habían de ser la medida de la expropiación.

3. Que establecido que las leyes que determinan la expropiación en este caso autorizan a la intendencia Municipal a expropiar, no solo el terreno que debe ocupar la Avenida proyectada, sino el todo de los terrenos y fincas afectados por ella, resta solamente traer a consideración si sus disposiciones están en contradicción con la Constitución, que es la ley suprema de la Nación.

4. Que el art. 17 contiene a la vez el principio de la inviolabilidad de la propiedad y la expropiación por causa de utilidad pública, quedando de esta manera consignados en el mismo artículo el principio general y su limitación consiguiente, y perfectamente definido lo que constituye la garantía con que la Constitución ha querido asegurar el goce tranquilo de la propiedad: "la expropiación debe ser calificada por ley y previamente indemnizada". La discreción de los poderes colegisladores y la indemnización del propietario, son elementos más que suficientes para asegurar con fundamento que la propiedad es inviolable en todo el territorio de la Nación, o por lo menos, no sería posible encontrar parte alguna en que estuviese rodeada de mayores garantías.

5. Que no siendo posible definir de antemano ni aún reducir a principios generales en qué ha de consistir la utilidad pública, ni cuál deba ser la extensión de los sacrificios a imponer a los particulares, es evidente que corresponde a la ley a dictarse en cada caso fijar la expropiación en la extensión que sea necesaria para servir la utilidad pública, único límite fijado por la Constitución misma.

6. Que las leyes que dicte el Congreso, haciendo uso de la discreción que le confiere la Constitución en estos casos, no pueden ser atacadas por inconstitucionales, pues los argumentos en este sentido tenderían a demostrar que no habría utilidad pública en los otros que las motivan, siendo, por otra parte, un punto decidido por la Suprema Corte en sus fallos registrados en la p. 311, t. 4º, Serie 1º, y p. 67, t. 6º, Serie 1ª de la colección; y

7. Que tampoco sería obstáculo a la constitucionalidad de las leyes citadas, el que por ellas se autoriza la expropiación de terrenos que no van a ser

ocupados por la Avenida, y que, vendidos en seguida de realizada esta, van a dejar un provecho en favor de la Municipalidad, siendo por consiguiente en perspectiva de un negocio y no por la utilidad pública que se hace la expropiación, pues tales provechos una vez indemnizados ampliamente los propietarios, representan únicamente el mejoramiento producido por la Avenida proyectada, y la legitimidad de este provecho se demuestra por la disposición del art. 15 de la ley de expropiación de 1866 y decisiones de la Corte Suprema, p. 168, t. 11, Serie 2ª.

Por estos fundamentos: fallo no haciendo lugar a las excepciones deducidas en este juicio por la parte de la señora Isabel A. de Elortondo, declarando que la Intendencia Municipal está debidamente autorizada por ley de noviembre 4 de 1884, a expropiar toda la finca de la calle Perú números 14, 16 y 18, perteneciente a la demandada, por encontrarse afectada por la traza de la Avenida proyectada. En su consecuencia, comparezcan las partes a efecto de nombrar los peritos que deberán avaluar el monto de la indemnización a pagarse por la expropiación en el caso de no arribar a fijarlo de mutuo acuerdo, designándose el día del primer jueves hábil siguiente a la ejecución de esta sentencia, a la una de la tarde. Hágase saber notificándose con el original. - Andrés Ugarriza.

Dictamen del Procurador General:

Considerando: Los términos del art. 5º de la ley sobre la Avenida de Mayo, origen de esta cuestión, son, a mi juicio, tan claros y explícitos, que no admiten ser diversamente interpretados.

"Se declara de utilidad pública, dice aquel artículo, y se autoriza la expropiación de las fincas y terrenos que resulten afectados por la apertura de la expresada Avenida".

Si la ley hubiera querido limitar la expropiación a la parte indispensable para la vía, lo hubiera establecido claramente y en términos precisos. Mucho más, cuando la duda surgió en la discusión. Por «fincas afectadas» no puede, así, entenderse otra cosa, en el sentido de la ley, que aquellas que ocupare la Avenida en una porción cualquiera.

Afectar, no es tomar u ocupar en su totalidad una cosa, según se pretende. Si la Avenida toma una finca entera, a nadie se le ocurrirá decir que tal finca ha sido "afectada"; si solo toma una parte, a cualquiera se le ocurre que esa finca está afectada, tocada, comprometida por la Avenida, y la primera de las reglas de interpretación es que las palabras de la ley deben ser tomadas en el sentido en que son generalmente usadas.

Si tal es la inteligencia de la ley, se dice, y es esta la cuestión principal, sino única en este caso; si el hecho de tomar la Avenida una porción de una finca, autoriza la ocupación del todo, la ley, en esta parte, es contraria a la prescripción constitucional que declara inviolable la propiedad.

El señor juez de Sección, muy oportunamente observa que es esta ya cuestión resuelta entre nosotros por la autoridad reconocida como único y último intérprete de la Constitución.

Es bien sabido, en efecto, que las leyes que autorizaron el camino de fierro a Córdoba, autorizaron también la expropiación de una legua a cada lado de la vía; y no es menos sabido cual fue la resolución en las diversas cuestiones que surgieron, con respecto a su constitucionalidad.

"Estas leyes, dijo V. E., no pueden ser objetadas, ni discutida su constitucionalidad ante los Tribunales, por razón de error en la clasificación de la utilidad pública en que se funda el derecho de expropiación, porque el artículo 17 de la Constitución, disponiendo en su inciso 2º, que la expropiación sea autorizada por ley, libra a la discreción exclusiva del Congreso, el juicio sobre la utilidad pública en los casos ocurrentes; y es notorio además, que sin la concesión de tierras no hubiera sido realizable la construcción del Ferro-Carril, obra de una conveniencia evidente para el progreso y aún para afianzar la paz y la tranquilidad de la República". (Série 1ª, t. 4°, p. 311; t. 6º, p. 67).

Si la ley ha declarado que es de utilidad pública la apertura de la Avenida de Mayo y ha juzgado que ella no podría llevarse a efecto sin la expropiación de las fincas afectadas, cómo no habría podido realizarse el Ferro-Carril de Córdoba sin las dos leguas laterales, la ley de la Avenida no puede, pues, ser objetada, ni discutida su constitucionalidad en uno ni otro caso; y si bien la utilidad no es perceptible en igual grado en ambos, la medida bastante a autorizar su declaración, es del resorte exclusivo del poder a cuya discreción ha confiado la Constitución la facultad de hacerla.

Objetase a ese razonamiento, a mi entender, tan sencillo como concluyente, que no es compatible con la índole de nuestras instituciones que un derecho consagrado por la Constitución pueda considerarse sin garantía en los Tribunales de Justicia; obsérvase, además, que no se concilia con los principios de justicia que la expropiación de una parte autorice a tomar el resto, que no es necesario para la obra, sin más objeto que lucrar con ello; y se pretende, por último, apoyar estas conclusiones en la autoridad de autores respetables.

No obstante que, como se ha visto, es esta cuestión resuelta por V. E., considero de interés no dejar sin respuesta aquellas objeciones, y ha de permitirme V. E. me detenga con este motivo en algunas consideraciones generales en materia tan nueva como de palpitante actualidad.

La supremacía del Estado sobre la propiedad privada, a que Grocio dio el nombre de "dominio eminente", esto es, la facultad de apoderarse el soberano de la propiedad particular, cuando la necesidad o el bien público lo requiere, es inherente a la soberanía y no nace de la ley, que solo la limita y reglamenta.

"Al mismo tiempo que los romanos proclamaron la inviolabilidad de la propiedad, observa el eminente jurisconsulto Romagnosi, sancionaron también la expropiación por causa de necesidad pública".

Si de la legislación romana, fuente del derecho, descendemos a nuestros días, fácil será darnos cuenta del camino recorrido.

La famosa declaración de los derechos del hombre, de la revolución francesa, reconocía todavía la necesidad como causa eficiente de la expropiación. "La propiedad es inviolable y sagrada, decía en su artículo 17, y nadie podrá ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente reconocida, lo exija evidentemente, y a condición de una justa y previa indemnización".

El Código de Napoleón, pocos años después, sustituyó la calificación de necesidad por la de utilidad, y esta modificación al principio romano ha sido incorporada a la legislación de todas las naciones. "La propiedad es inviolable, dice nuestra Constitución, y la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada".

Como se ve, la ley, al requerir solo la utilidad y no la necesidad, ha dado el primer paso en el sentido de facilitar la expropiación de la propiedad particular a las conveniencias públicas.

Pero ¿qué debe entenderse por "utilidad pública"? He ahí la primera dificultad.

Las exigencias, los gastos, las tendencias de la sociedad, en nuestros días, son tan múltiples y varias, que es imposible definirlos.

En una población que carece de escuelas, por ejemplo, la construcción de un

teatro sería fuera de propósito; pero dejaría de serlo en una ciudad rica y populosa, que necesita distracciones y atrae la concurrencia de extranjeros. Una plaza de toros sería una abominación en Inglatera, y un motivo de felicitaciones en España.

Por esto, ni los profesores del derecho ni las cortes de justicia han acertado a encerrar en una fórmula concreta qué es lo que deba entenderse por utilidad pública. Bien se alcanza que todo aquello que satisface una necesidad generalmente sentida, o las conveniencias del mayor número, es de utilidad pública. ¿Dónde principia, empero, la necesidad y concluyen las conveniencias?

En la imposibilidad de definirlo la ley, por prolija que fuera, y puesto que en alguno había de ser depositada esta misión, ha debido serlo en el poder que, por la naturaleza de sus funciones y la renovación periódica de su mandato, está en más inmediato contacto con el pueblo, y puede apreciar mejor sus conveniencias y sus necesidades.

Esta conclusión es de por sí tan evidente, que no necesita ser demostrada, de manera que si la materia de expropiación puede dar lugar a cuestiones delicadas y de difícil solución, nadie pone por un momento en duda que la facultad de expropiar es esencialmente política y exclusiva del Poder Legislativo. La ley hace limitado a fijar dos extremos: la utilidad pública; la indemnización previa. Dentro de ellos, la discreción legislativa no reconoce límites, ni puede ser objetada ante los Tribunales de Justicia, los que solo serían llamados a intervenir toda vez que la Legislatura, salvando aquellos extremos, decretase la expropiación de la propiedad de Juan, para darla a Pedro, palpablemente sin relación a uso público alguno; o no acordarse indemnización de ningún género.

En esa inteligencia, observaré que no es exacto que la facultad exclusiva y en la extensión que universalmente se atribuye a la Legislatura, deje a la propiedad sin la garantía que la Constitución acuerda a todos los derechos.

Si la Legislatura, empero, ha declarado que el uso a que la cosa expropiada se destina, es de utilidad pública; o si este uso fuera de tal manera dudoso que los Tribunales no puedan decidir que no lo sea en la medida o capacidad bastante a justificar la expropiación, el juicio de la Legislatura debe prevalecer entonces como final y concluyente. (Dillon, "Mun. Corp.", ps. 594 y 595).

Las aspiraciones y tendencias de la sociedad moderna que, como se ha visto, han sustituido a la necesidad, la utilidad, vienen ejerciendo también su

influencia en la manera cómo ha de ser calificada esta utilidad pública, y fácil es observar que cada día recibe una interpretación más amplia.

Fuerza es reconocer con este motivo que las relaciones de comercio y la rapidez y frecuencia de las comunicaciones, siempre crecientes, han establecido una solidaridad entre todas las naciones y creado obligaciones recíprocas, desconocidas antes.

La falta absoluta de higiene en las naciones del oriente ha causado a la Europa, en este solo siglo, perjuicios incalculables, con las invasiones periódicas del cólera, sin recordar otras pestes más mortíferas, en los anteriores. Y si la intensidad del mal no hubiese declinado, es muy posible que la acción colectiva de las primeras potencias hubiera obligado a los pueblos de donde venía, a mejorar sus condiciones higiénicas, para cortarlo de raíz, como alguna vez se pensó.

Está reciente el recuerdo de la perturbación que causó entre nosotros la invasión del cólera, debido a las pésimas condiciones higiénicas de algunas ciudades de Italia, especialmente de Nápoles.

La necesidad de mejorar estas condiciones, para no ser un peligro para los demás, ha adquirido por esto entre los pueblos civilizados el carácter de una obligación internacional.

En el seno de las mismas ciudades, construidas al acaso, y sin la más remota noción de las exigencias de la vida actual, el mejoramiento de la higiene se impone por el instinto de la propia conservación.

Los progresos de la ciencia permiten hoy aceptar como un axioma, que de los lugares infectos en que viven apiñados seres humanos, en el desaseo y la miseria, surgen los gérmenes perniciosos que llevan la muerte a las moradas en las mejores condiciones de higiene.

Después de pintar el doctor Rawson, con la viveza característica de su palabra, el cuadro de desolación que presentan los palacios de los ricos, invadidos por las emanaciones mortíferas de los hormigueros humanos que viven y mueren a su lado, resume su pensamiento en esta forma: "Este cuadro, dice en su estudio sobre los conventillos, parece una fantasía; es, sin embargo, la fiel traducción de los hechos, como los estudia la ciencia y los confirma la experiencia. Y si esto es así, la sociedad entera, los ricos y los poderosos, lo mismo que los pobres y desgraciados, están solidariamente interesados en suprimir con todas sus fuerzas esos focos de infección, que desde las profundidades de la miseria envían la muerte para castigar la

indiferencia de los que viven en la opulencia de las capas sociales superiores".

No es, pues, de extrañar que una de las primeras preocupaciones de la actualidad sea el mejoramiento de las condiciones higiénicas, especialmente de las grandes ciudades, ni menos, que estas exigencias, desconocidas antes, hayan hecho sentir su influencia en la legislación, dando un alcance más lato a lo que deba entenderse por utilidad pública.

Desde luego, ocupa el primer lugar todo cuanto se relaciona con la viabilidad, y fácilmente abraza otros objetos a cuyo respecto la utilidad pública es menos perceptible. Las Cortes de Justicia de los Estados Unidos, por ejemplo, han reconocido en repetidas ocasiones, como casos de utilidad pública, una escuela, una plaza, un parque, un molino, un cementerio y aún un teatro.

Era asimismo de esperarse que al ampliar la ley los casos de expropiación, ampliara a la vez los medios para la ejecución de las grandes obras, que debían ser la consecuencia obligada de aquella mayor facilidad, y así ha sucedido.

Ya el art. 51 de la ley francesa de 3 de mayo de 1841, que es fundamental en la materia, estatuía: que si la ejecución de los trabajos debía procurar un aumento de valor inmediato y especial al resto de la propiedad, este aumento sería tomado en consideración al estimar el importe de la indemnización.

La ley de 26 de marzo de 1852, dictada bajo el segundo Imperio Francés, autorizó la expropiación de la totalidad de las fincas afectadas, cuando las partes restantes no fuesen de una extensión o de una forma bastante a la construcción de edificios en condiciones de salubridad.

Bajo el régimen de esta ley, ha podido la Municipalidad de Paris realizar la expropiación llamada por zonas, hoy la más preconizada, abrir las grandes avenidas de que se ufana, y costearlas en parte con la venta de los sobrantes a uno y a otro lado.

Este procedimiento fue seguido por Bélgica y por Italia, yendo esta última aún más allá en la amplitud que acuerda al expropiante.

La ley de 25 de julio de 1865, dictada bajo el reinado de Víctor Manuel II, autoriza, no ya la expropiación por zonas, sino la cotización, es decir, la imposición de las cuotas con que cada propiedad colindante debe concurrir.

"Cuando de la ejecución de la obra, dice el artículo 41 de aquella ley, se derive una ventaja especial e inmediata a la parte de la finca no expropiada, esta ventaja será estimada y deducida de la estimación de la expropiada.

Cuando en la ley que declara de utilidad pública una obra, agrega el artículo 77, se imponga a los propietarios de los bienes colindantes o contiguos, la obligación de contribuir a la ejecución, en razón del mayor valor que vienen a adquirir sus propiedades, y no se determina en la misma ley la medida de la contribución, se observarán las disposiciones siguientes:

La cuota para cada propietario debe ser igual a la mitad del mayor valor resultante de la ejecución de la obra, y se pagarán por décimas partes al abonarse cada año la contribución directa".

Con arreglo a estas sabias disposiciones, se procede en la actualidad a las grandes mejoras de la ciudad de Roma, y al saneamiento de la de Nápoles, abriéndose anchas avenidas por todos lados.

El espíritu eminentemente práctico de los Americanos del Norte, había anticipado de medio siglo esta solución a los grandes problemas de la edilidad moderna, sin la que todo progreso fuera imposible, salvo el recurso más expeditivo, que se atribuye a Nerón, para proveer a una nueva edificación de la antigua Roma.

Los estrechos límites del distrito de Colombia y la creación tan reciente de la ciudad de Washington, no han requerido la ejecución de grandes obras en Territorio Federal, ni ha sido la política del Gobierno de la Nación ejecutarlas en los Estados. Son muy escasos los antecedentes que sobre esta materia nos suministran la legislación y la jurisprudencia federal.

Abundan y sobran, empero, en los Estados cuya fiebre de progreso es proverbial.

Terminada apenas la guerra de la independencia, la ciudad de Nueva York inició la serie de inmensas mejoras que la han elevado al rango de "Empire City", según la expresión americana, abriendo calles, avenidas, plazas, parques sin fin y sin rivales: todo, todo bajo el principio de que, aquellos que reciben el beneficio directo e inmediato deben concurrir a la ejecución con cotizaciones o cuotas ("assessments") proporcionales y equitativas. Este ejemplo, como era de esperarse, fue seguido por todas las grandes ciudades de la Unión.

Ocuparía sin objeto la atención de V. E. recordando las numerosísimas leyes dictadas solo por el Estado de Nueva-York, desde la de 24 de marzo de 1809 hasta la fecha; invariablemente bajo la base de la proporcionalidad. Me limitaré a hacer mención de la última de que tengo conocimiento, y que, a la verdad, no puede ser más reciente, ni dar una idea más acabada del sistema.

Leo en un diario de Nueva-York, de junio último, lo que sigue:

"La Legislatura del Estado ha espedido, en su última reunión, una providencia para la locución, adquisición, construcción y mejora de nuevos parques en Nueva-York. El objeto de esa providencia, es satisfacer una necesidad que cada día sienten con más fuerza los distritos densamente poblados de la parte baja de la ciudad.

La tramitación que para el cumplimiento de la ley aludida, se debe seguir, da una idea clara de los principios observados por este país en materia de expropiaciones para usos públicos.

La ley autoriza a la junta respectiva, que es la de apertura y composición de calles, para que vaya estableciendo al sur de la calle 155, tantos parques nuevos cuantos juzgue necesarios.

Una vez que haya escogido sitio para cada uno de esos parques, la junta debe ocurrir a la Corte Suprema para que designe tres avaluadores, que han de ser gentes discretas y desinteresadas.

A estos avaluadores les toca fijar la indemnización que corresponde a los dueños y a los arrendatarios de la propiedad tomada para el parque.

La junta queda autorizada para determinar dentro de qué área, las propiedades colindantes con la tomada para parque van a ser beneficiadas por él, y para señalar la porción del costo de dicho parque que, en compensación del beneficio, les toque dar por junto a los respectivos dueños. Los avaluadores deben distribuir esa porción entre esos dueños.

La autorización más grave, entre las de la ley, es la de hacer demoler los 'tenements houses' situadas en cualquier sitio, y de la extensión que fueran, en cualquier parte de la ciudad, abajo de la calle 155, para el objeto de construir en su lugar, un parque.

Las 'tenements houses', que no son simplemente casas de alquiler, sino como hormigueros humanos en que dentro de espacios reducidísimos se

amontonan sobre todo para dormir, muchedumbres en que la miseria borra toda distinción de sexos, edades, etc., son ciertamente un peligro para la higiene y la moral de la población.

Por eso, la autorización para irlas demoliendo a medida que vaya siendo necesario, no alarma, y antes sería de desear que su demolición se pudiera llevar a cabo simultánea y totalmente".

Hasta aquí "La América", revista mensual que se publica en español en la ciudad de Nueva-York.

Como se ve, la autorización no puede ser más amplia ni más lata la facilidad para expropiar.

Tan natural y tan justo encuentra el pueblo de la Unión este sistema, que algunos estados, entre otros Massachusetts, Kansas, Indiana, Illinois, lo han incorporado a sus constituciones, para colocarlo fuera del alcance de los movimientos transitorios de la opinión.

No han faltado, sin embargo, opositores, como sucede siempre que un interés particular se siente herido.

En aquellos Estados en que la facultad en cuestión no estaba apoyada por una prescripción constitucional, se ha sostenido con frecuencia que era ella contraria al principio universal, de que los impuestos deben ser uniformes e iguales para todos. Las decisiones de las Cortes de Justicia han sido invariablemente en favor de la constitucionalidad.

"Esta cuestión, dice la Corte Suprema de Missouri en el caso de Palmira v. Morton, ha sido discutida con toda prolijidad, y los principios que con ella se relacionan, severamente analizados en casi todos los Estados en que aquella facultad ha sido ejercitada, y está ahora tan firmemente establecido el principio, como cualquiera otro de la jurisprudencia americana" (Por Richardson in Palmira v. Morton, 25, n° 593, 1857).

En caso igual decía el "Chief Justice" de la Suprema Corte de Luisiana, Ilidell: "Debo repetir mi convicción de que el sistema de hacer pagar los gastos de mejoras locales en su totalidad, por el tesoro general, es injusto, y conducente a grandes abusos e injusticias. Pienso que el sistema de hacer que las localidades, especialmente beneficiadas, carguen con una parte especial del peso, es más seguro y mucho más justo para la generalidad de los ciudadanos, con cuyas contribuciones se forma el tesoro de la ciudad". (Municipality-Duum, 10, Lean, An. 57, 1855).

"Que la legislatura, dijo la Corte Suprema de Pensilvania, en el caso de 'Junctium Railroad C°' v. Philadelphia, 88, p. 424, puede conferir a las corporaciones municipales el poder de distribuir el costo de las mejoras locales entre las propiedades beneficiadas, ha sido frecuentemente decidido; y si la cotización, 'assessment', ha de ser sobre todas las propiedades beneficiadas, o solamente sobre las colindantes, es materia de la exclusiva discreción legislativa, salvo que exista alguna restricción constitucional sobre la materia".

El presidente de la Corte Suprema de Iowa, J. F. Dillon, comentando las varias y múltiples disposiciones de los Estados de la Unión sobre la materia, dice lo siguiente: "Las Cortes han decidido muy generalmente que la facultad de exigir que las propiedades especialmente beneficiadas, sufraguen los gastos de las mejoras locales, es una rama del poder de imponer, o incluida en él, y los numerosos casos que han sido decididos establecen sin reserva la proposición de que una ordenanza o una ley para 'abrir' o habilitar calles, o ejecutar mejoras locales de este carácter, y distribuir el gasto sobre aquellas propiedades que, en la opinión del tribunal o comisarios nombrados, resulten especialmente beneficiadas por la mejora, en proporción a la importancia de la misma, o sobre los colindantes o vecinos en relación al beneficio, según el frente o superficie, es, a falta de una restricción constitucional especial, un ejercicio válido del poder de imponer. Si el gasto de tales mejoras ha de ser costeado por el tesoro general, o distribuido entre las propiedades linderas, u otras especialmente beneficiadas; o si, en este último caso, la cotización deba ser sobre todas las propiedades que reciban el beneficio, o solamente sobre las colindantes, en relación a sus frentes o sus áreas, es cuestión que queda librada a la discreción del Poder Legislativo".

Terminaré esta reseña de la jurisprudencia Americana, con la decisión más importante de todas, puesto que parte de su más alta autoridad judicial.

"La constitución, dice la suprema corte federal, en el caso de Williand v. Presburg, 14 Wall. 676, 1871, confiere al Congreso la facultad de ejercer legislación exclusiva en el distrito de Columbia, y el Congreso es por consiguiente competente para autorizar a la ciudad de Washington, para cotizar el gasto de ejecutar mejoras locales en las calles sobre los colindantes, y el impuesto para tales mejoras, no necesita ser general para toda la ciudad".

Ahora bien: siendo de todo punto iguales en nuestra Constitución y en la de los Estados Unidos las cláusulas referentes a la facultad de expropiar y a la

de imponer, bajo la seguridad de sentirnos apoyados, así por la legislación y la práctica de las naciones de Europa, como por la jurisprudencia uniformemente establecida por las Cortes de Justicia de los Estados Unidos, podemos sentar con plena confianza, como exactos y conformes a nuestra Constitución, los principios siguientes, que dominan toda la materia:

1º En ejercicio del dominio eminente, el Poder Legislativo está investido del poder de hacer la declaración de utilidad pública, así sobre la totalidad, como sobre parte de la propiedad, cuya apropiación las conveniencias de la comunidad requieren; y esta atribución es política y exclusiva; y el uso que de ella haga el poder al que ha sido conferida, no puede ser objetado ante los Tribunales de Justicia.

2º En ejercicio del poder de establecer impuestos y contribuciones, el Poder Legislativo tiene la facultad de distribuir o cotizar, "assess", el costo de una mejora local entre aquellos propietarios que reciban el beneficio inmediato y especial, determinando el radio dentro del que debe considerarse comprendido el beneficio y la cuota con que cada uno debe contribuir; el ejercicio de esta atribución es también exclusivo, y no puede ser discutido ante los Tribunales de Justicia.

Después de esta larga exposición, en que me he extendido más de lo que hubiera deseado, llega la oportunidad de hacer la aplicación de los principios que ella deja, a mi juicio, fuera de toda discusión, a la Avenida de Mayo y al caso de la señora de Elortondo.

1º El Congreso ha declarado de utilidad pública la apertura de la Avenida; ha declarado igualmente de utilidad pública la expropiación de la totalidad de las fincas que ella afectare, en cuyo caso se encuentra la propiedad de la señora de Elortondo; bajo el punto de vista del dominio eminente, la constitucionalidad de esta declaración no puede ser objetada, ni admite discusión.

2º Congreso ha declarado igualmente que las fincas afectadas deben concurrir al costo de la Avenida con el mayor valor que ella misma les da, que esto, y no otra cosa importa en definitiva la expropiación de la totalidad; bajo el punto de vista de la facultad de imponer, esta declaración no se discute tampoco.

Pero el poder de hacer declaraciones tales, se arguye, es tremendo, y ante él desaparece la propiedad. Es, por otra parte, atentatorio, se agrega, que se pretenda despojar a los propietarios de sus fincas para lucrar con la propiedad particular, al objeto de costear obras de interés común que la

Municipalidad debe ejecutar con sus recursos propios, o no ejecutarlas si no los tiene.

No es difícil dar contestación satisfactoria a estas objeciones.

No puede desconocerse, es cierto, en primer lugar, que el poder de apoderarse de la propiedad ajena para uso público, es un poder tremendo, sin límites teóricos ni restricciones legales, fuera de aquellas que la ley orgánica impusiera a la acción legislativa. Tiene, empero, en la práctica limitaciones positivas este poder, en el sentimiento de justicia que nunca falta en una comunidad ilustrada, y del que no pueden prescindir por mucho tiempo los legisladores. La experiencia no señala, por otra parte, grandes abusos; y nunca el temor del abuso ha obstado a que se deposite un poder necesario a la marcha de la sociedad, en aquel departamento de gobierno al que, por la naturaleza de sus funciones, corresponde.

No puede desconocerse, asimismo, que el valor jurídico de la propiedad se amengua con las doctrinas que dejo expuestas. Nadie negará tampoco que la concepción de la propiedad ante las exigencias de la sociedad moderna, no tiene en la actualidad el mismo significado y alcance que en tiempos no muy remotos, cuando un propietario caprichoso detenía la edificación de las Tullerías o afeaba un hermoso parque en Nueva-York, con su resistencia invencible a la demolición de un ruin casucho.

El derecho de la colectividad ha ganado en nuestros días lo que ha perdido el privado; es un hecho que no escapa a la penetración del observador menos avisado.

En la nación que más respeto profesa al derecho individual, muchos propietarios fueron privados de sus tierras en Irlanda, por la sola circunstancia de tenerlas gravadas con exceso, "Incumbered States"; y todo induce a creer que la agitación porque en estos momentos pasa aquella fracción desgraciada del Reino Unido, no cesará sino mediante una expropiación en grande escala, para llegar a una repartición más equitativa de la tierra.

Cada uno reclama hoy con imperio, fuerza es reconocerlo, una parte más amplia en el goce de los bienes que el Creador ha esparcido para todos con mano pródiga sobre la faz de la tierra, y es bien sabido que no es el medio más seguro, cerrar, sino por el contrario, abrir oportunamente las válvulas, para conjurar el peligro.

Mejorar las condiciones de la vida, en los grandes centros de población

sobre todo, facilitando las comunicaciones, mejorando las habitaciones de los pobres y trabajadores, abaratando las subsistencias, es hoy el primer deber del gobierno de un pueblo civilizado, y este deber no podría ser cumplido bajo el respeto sin límites que se tributaba en otros tiempos al derecho de propiedad.

La argumentación en que más se insiste, el despojo, el negocio, el lucro, es, a mi juicio, la más débil.

La ejecución de obras de este género no es, ni ha sido nunca, materia de especulación para los poderes públicos, y lejos de esto, ha dejado casi siempre no pocos millones a cargo de los que las han emprendido, siendo muy posible así suceda con respecto a nuestra Avenida.

En cuanto al despojo, debe no olvidarse que se reduce al cambio de un valor, por otro equivalente; y si bien es cierto que la propiedad importa el derecho de aprovecharla de la manera más absoluta, no lo es menos que el valor de estimación que no se satisface con el precio, es igualmente aplicable a la parte que se expropia como a la que se deja al propietario; y si aquel valor moral obsta a la expropiación de esta última, obsta de igual modo a la expropiación de la primera, y a toda expropiación en general, porque se levantaría en todas de por medio esa entidad imposible de apreciar. Mejor sería eliminar de una vez la prescripción constitucional.

Con más razón se diría que pretenden lucrar con los intereses de la comunidad aquellos que, ya que no piden se les pague la parte necesaria para la vía, entienden que nada más se les puede exigir que su abandono gratuito.

Como miembros de la comunidad, reciben el beneficio común a todos.

Como propietarios, son beneficiados de una manera imponderable con el aumento del valor de sus fincas. Este beneficio es real, positivo, inmediato; no aleatorio ni fortuito. ¿Es justo que el que lo recibe solo contribuya como los demás? ¿Es justo se recargue a la generalidad con impuestos en provecho de unos pocos? ¿Puede sostenerse que exista la proporción y equidad que la Constitución exige en el impuesto, que paguen lo mismo los vecinos de la Boca y de Almagro, y los propietarios de la Avenida?

Si la Municipalidad, se dice todavía, no tiene recursos propios para costear estas grandes obras, no las emprenda. Importa esto condenar todo progreso. Ni son los propietarios los que han de decidir si una obra ha de realizarse, o no. Si la autoridad competente lo decide, la obra se llevará a ejecución,

contribuyendo todos equitativamente, en proporción al beneficio que reciben.

Es esta, a mi juicio, la verdadera doctrina; la proporcionalidad; la cotización.

Esto es lo que se practica ya entre nosotros con respecto a los empedrados, y no hay razón por qué no rija la misma regla en la apertura de una calle o de una avenida. El principio es el mismo: son todas mejoras locales.

Si la expropiación se hubiera hecho por zonas, abrazando la serie de manzanas hasta Entre Ríos, para dejar dos Avenidas con el ensanche de las calles Victoria y Rivadavia, la Municipalidad, a más de la venta de los terrenos restantes en medio, hubiera, estado en su derecho, competentemente habilitada, para exigir que los propietarios de Victoria mirando al Norte y los de Rivadavia al Sud, concurrieran a la grande obra por medio de cuotas radiales. Y si estas, con arreglo a la ley italiana, se limitaban a la mitad del mayor valor que adquirieran sus fincas, nadie podrá decir que no fueran notablemente beneficiados

Quédales, en todo caso, optar por la expropiación.

Tan natural y tan justo es lo que dejo expuesto, Exmo. señor, que se impone de por sí; y esto tiene de hermoso la justicia.

La ley de la Avenida, es, sin disputa, deficiente; no prevé todos los casos que fácilmente habían de ocurrir, y puede autorizar grandes injusticias. Es en efecto, notoriamente injusto que un propietario cuya finca no es afectada, por quedar en la línea precisa, reciba todo el beneficio, y en nada contribuya.

No obstante esto, es bien sabido que los propietarios, anticipándose a la ley, han entrado en arreglos y combinaciones entre sí para concurrir a la ejecución; y es también de notoriedad que la Intendencia, interpretando el espíritu de la ley, acepta este concurso que reemplaza a la expropiación. Esta no pudo tener otro objeto que la realización de la Avenida, y puesto que esto se consigue, sin el recurso a un medio extremo, debe ser ello un motivo de satisfacción para todos.

Debía aquí terminar esta ya demasiado extensa exposición; la materia es, sin embargo, tan nueva y de tan grande importancia, que merece no dejar nada sin contestar.

Los que sostienen que la ley es contraria a la Constitución, han traído en su apoyo el peso de autoridades respetables.

En una cuestión de esta naturaleza no es de extrañar se haya dividido la opinión, y ya se ha visto que ha sido llevada con repetición a los Tribunales de los Estados Unidos.

A la autoridad de Sedguick, Field, Fremy, Ligneville y otros que se citan en contra, podría oponer la de Dennay, Proudhon, Delallaw, aparte de las decisiones de las Cortes Americanas que antes he recordado.

En obsequio a la brevedad me limitaré a transcribir las palabras de Dennay:

"La apertura de una calle, dice este distinguido tratadista (t. 2º, p. 679), consiste no solamente en el objeto material indispensable para la ejecución, esto es, en el terreno sobre el que debe ser abierta, sino en el conjunto de los medios pecuniarios, sea para adquirir este terreno, sea para los otros gastos que la obra exige; queriendo el fin, es necesario autorizar los medios para llegar a él. Proponer a una comunidad sin recursos, que haga gastos que no puede soportar, es exigir lo imposible, es impedir de una manera absoluta una operación que se reputa, sin embargo, de utilidad general y urgente. La expropiación para un objeto determinado, debe recaer no solamente sobre el terreno necesario para lo principal, sino también sobre aquel afectado a los accesorios, sin los que la obra no podría realizarse. En este caso, el accesorio obligado de la calle, cuya falta haría la ejecución imposible, es el terreno colindante".

Esperando que, en consideración a la importancia de la materia, excusará V. E. haber ocupado por tanto tiempo su atención, terminaré pidiendo la confirmación de la sentencia recurrida. - Eduardo Costa.

Buenos Aires, abril 14 de 1888.

Vistos los presentes autos traídos a la decisión de esta Suprema Corte de Justicia por apelación de la sentencia Federal de la capital, corriente a foja ochenta y una vuelta, en que se declara por aplicación de la ley del Congreso de treinta y uno de octubre de mil ochocientos ochenta y cuatro, sujeta a expropiación la totalidad de la finca calle Perú números catorce, dieciséis y dieciocho, de propiedad de doña Isabel A. de Elortondo, a los efectos de la Avenida que se autoriza abrir por los artículos cuarto y quinto de dicha ley, cuyo tenor literal es como sigue:

"Artículo cuarto. - Autorizase igualmente la apertura de una avenida de

treinta metros de ancho por lo menos, que partiendo de la plaza de Mayo, divida por mitad las manzanas comprendidas entre las calles Rivadavia y Victoria y termine en la de Entre-Ríos."

"Articulo quinto. - A los efectos del artículo anterior, se declara de utilidad pública y se autoriza la expropiación de las fincas y terrenos que resulten afectados por la apertura de la expresada Avenida."

Considerando: Primero: Que como lo establece la sentencia apelada y el señor Procurador General en su dictamen de foja ciento dos, y resulta además de la discusión y testo de la ley citada, ella evidentemente comprende en la autorización que contienen los artículos transcritos, el derecho a expropiar no solo el trayecto necesario a la Avenida a que dichos artículos aluden, sino también la totalidad de los inmuebles situados a uno y otro lado de dicha vía, que en cualquiera extensión resulten afectados por la misma.

Segundo: Que sentado este antecedente, y no habiendo los interesados puesto en duda la utilidad pública de la obra en sí, en lo que a la Avenida proyectada respecta, ni denegado la constitucionalidad de la ley sobre tal punto, la sola cuestión que surge a la consideración de esta Corte, es la de la regularidad y validez de dicha ley, en lo que atañe a la expropiación de las fracciones situadas fuera de aquella vía y a uno y otro costado de ella.

Tercero: Que a este respecto es desde luego de observar que la Constitución sienta como un principio absoluto, la inviolabilidad de la propiedad privada, declarando precisamente con referencia a los poderes públicos, y para mejor ampararla contra toda posible agresión u ocupación ilegítima de parte de estos, que nadie podrá ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.

Cuarto: Que no es sino excepcionalmente, y sin entender derogar aquel gran principio, que la Constitución acuerda al Estado o a sus representantes legítimos el derecho de ocupar los bienes privados por vía de expropiación para objetos o propósitos públicos o por causa de utilidad pública.

Quinto: Que siendo tal la regla y no pudiendo el Congreso derogarla, restringirla ni alterarla en la esencia, con arreglo al artículo veintiocho de la Constitución, que así lo estatuye explícitamente, prescribiendo que: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en sus anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio", la atribución deferida a aquel cuerpo por el artículo diez y siete para calificar la utilidad pública y definir los casos dé expropiación por razón de ella, no

puede entenderse ilimitada ni con un alcance tal que lo autorice a disponer arbitrariamente de la propiedad de una persona para darla a otra, ni a incorporarla tampoco, aún abonando el justo valor que pueda tener ella, al dominio público, fuera de los casos y de las formas estrictamente fijadas por la letra de la Constitución o por los principios fundamentales sobre que ella reposa.

Sesto: Que la teoría fundamental del derecho de expropiación por utilidad pública, tal como ha sido incorporado en la Constitución y tal como lo admite la legislación en general de los países libres, es otra además, y no se extiende a nada más que a autorizar la ocupación de aquella parte de la propiedad privada que sea, indispensable a la ejecución de la obra o propósito público de que se trate, no pudiendo ir nunca más allá, ni cumplirse en consecuencia, respecto de bienes que no sean necesarios a aquellos fines.

Sétimo: Que es de la misma noción, que tampoco puede verificarse con propósitos meramente de especulación o a objeto solo de aumentar las rentas públicas, o sea en razón, no de una utilidad pública general o comunal en el sentido legal y propio de la palabra, sino de una utilidad pecuniaria y puramente privada del Estado o de sus corporaciones, ni llevarse a cabo aún cuando la obra sea útil y conveniente a los intereses sociales, si puede ejecutarse aquella, o es dado atender a estos, sin recurrir a la expropiación o por otros medios que esta.

Octavo: Que estas limitaciones, sino explicitas en la Constitución, surgen a la par que de los principios fundamentales que ella consagra, de la naturaleza misma del derecho de expropiación, el cual no tiene otra base ni otro fundamento, que las necesidades o conveniencias sociales, y no puede por lo tanto, extenderse más allá que lo que estos fines supremos puedan reclamar, ni aplicarse de consiguiente, a bienes que el uso, el propósito o la obra pública tenida en vista, no requieran como indispensable, ni a título simplemente del mayor valor resultante de una mejora pública cualquiera, en favor de las propiedades adyacentes, cuya compensación tiene su forma especial y distinta por la Constitución y por la práctica de todos los países libres, a saber: la cotización o contribución en dinero, proporcional y equitativa al beneficio recibido.

Noveno: Que tal es también la noción aceptada por el Congreso en la ley general de expropiación de trece de setiembre de mil ochocientos sesenta y seis, al prescribir que si los bienes expropiados para ejecutar obras de utilidad nacional, no reciben este destino, puedan ser retraídos por su anterior propietario en el estado en que los enajenó y por el precio o

indemnización que recibió, haciendo así de la afectación o aplicación a un uso público de los bienes expropiados, la condición absoluta del derecho de expropiación.

Décimo: Que si así no fuese, y debiese entenderse permitido y lícito a los poderes públicos, so color de utilidad común, invadir la propiedad privada más allá de lo estrictamente necesario al interés general y despojar al ciudadano de lo suyo, sustituyéndose a él en el uso y goce de sus bienes ya para someterlos a una explotación más provechosa a los intereses fiscales, ya simplemente para lucrar, vendiéndolos a terceros, con la diferencia entre el precio de compra y el de venta de los mismos, desaparecería a la vez que todo límite al derecho, aunque legítimo, exorbitante de expropiación, la garantía única contra el abuso posible de tal derecho.

undécimo: Que con tal sistema, en efecto, para ejecutar obras de utilidad pública en un extremo de la República, por ejemplo, sería permitido expropiar bienes en el otro, y atacar arbitraria e indistintamente en todos los puntos del país el sagrado de la propiedad, pues que haciendo basar el derecho de expropiación no en la afectación o aplicación material de los bienes privados a servicios u obras dadas de utilidad nacional, sino en la mayor o menor conveniencia pecuniaria de ello o en la designación discrecional y arbitraria del Poder Legislativo al respecto, no habría razón para distinguir entre las propiedades adyacentes o más o menos próximas a las obras y las situadas en los puntos más remotos de las mismas, pudiendo todas ser agredidas por igual, siempre que así se entendiese convenir a los intereses fiscales o fuese ello de la voluntad de aquel cuerpo.

Duodécimo: Que tal doctrina importaría además, no solo desnaturalizar el derecho de expropiación, haciendo de él, en oposición a los fines con que la Constitución lo consagra, una fuente ordinaria de recursos y un medio financiero inusitado y anormal, sino también cambiar las reglas asignadas por la Constitución y las leyes para la formación del tesoro público, confundiendo todas las nociones legales y sustituyendo el ejercicio de tal derecho al poder ordinario de impuesto y de contribución.

Décimo tercero: Que no es tal sin embargo, la noción de la Constitución, ni puede admitirse en el terreno de la razón y de la equidad que lo sea, porque ello constituiría en realidad, un verdadero socialismo de Estado en que este último sería todo y el ciudadano nada.

Décimo cuarto: Que haciendo aplicación práctica de estos principios a la ley de mil ochocientos ochenta y cuatro, debe reputarse por tanto, que ella, en cuanto autoriza no solo la expropiación de los terrenos necesarios a la

apertura de la vía pública a que alude su testo, sino también la de las fracciones situadas a uno y otro lado de la misma, que ni son necesarias ni reclama absolutamente la ejecución de la obra, no es conforme a las limitaciones impuestas por la Constitución al ejercicio del derecho de expropiación, las cuales forman o constituyen la manera de ser y la naturaleza propia de aquel derecho.

Décimo quinto: Que debe decidirse otro tanto, del punto de vista de los propósitos de dicha ley, que, evidentemente, no tiene en cuanto a la expropiación de las fracciones enunciadas, otro fin que el usufructo de las ganancias resultante de su enajenación, obligando al propietario a desprenderse de ellas, simplemente para que la Municipalidad las negocie.

Décimo sexto: Que así resulta con toda evidencia, de los antecedentes con que el proyecto de esa ley fue originariamente elevado por la Intendencia Municipal al Poder Ejecutivo de la Nación; de la exposición de los motivos con que el mismo fue apoyado y prestigiado por la Comisión respectiva, al tiempo de su discusión en la Honorable Cámara que lo impugnaron en su seno; y finalmente, de la resolución municipal de siete de octubre de mil ochocientos ochenta y cinco e informe que la precede, en que se alude a la conveniencia de fijar y se fija en treinta y dos metros, el ancho de la Avenida en cuestión, entre otras razones, porque así podría expropiarse mayor número de fincas y el resultado de la operación ser más ventajoso a los intereses pecuniarios comprometidos en el caso.

Décimo séptimo: Que para mayor autoridad de las anteriores correlaciones, conviene recordar que ellas tienen en su apoyo tanto la doctrina de los expositores, como la sanción de la jurisprudencia de las Cortes Americanas de Justicia, que basadas en el derecho federal Americano, que es nuestro propio derecho constitucional, tiene importancia decisiva entre nosotros.

Décimo octavo: Que importa mencionar desde luego, por su analogía con el caso actual, entre otras, la decisión de la Corte Suprema del Estado de Nueva York en el caso de una ley de dicho Estado, autorizando la apertura de una calle en la ciudad de Albany y facultando a tal fin, la expropiación no solo de lo estrictamente necesario a dicha calle, sino de las porciones restantes de las propiedades que resultasen afectadas por ella, para ser vendidas o incorporadas en especie, al dominio municipal, según posteriormente se resolviese, caso en el cual, aquel Supremo Tribunal, decidiendo "in terminis" la cuestión pendiente ante esta Corte se expresó así:

"Si esta sanción pudiese ser entendida en el sentido solo de habilitar a la

Corporación a apoderarse de las propiedades privadas con el consentimiento de sus dueños, no sería ella sin duda objetable, pero si se ha de estar a sus términos literales, los agentes locales pueden, aún rehusándolo aquellos, expropiar el todo de los lotes, no obstante que solo una parte de estos sea requerida para la obra decretada, y de este punto de vista, necesario es reconocer, la legislatura asume un poder, que con todo respeto por aquel cuerpo, no posee ella.

Declarando la Constitución que la propiedad privada podrá ser tomada para usos públicos, implícitamente declara que no podrá serlo para usos privados: lo contrario sería violatorio del derecho natural, y aún cuando no lo fuese de la letra de la Constitución, lo sería evidentemente de su espíritu, y no podría ser sostenido como válido.

Supóngase el caso en que solo unos pocos piés, algunas pulgadas aún, fuesen únicamente necesarias del extremo de una propiedad para abrir una calle, y que una valiosa construcción existiese en el otro extremo. ¿Podría pretenderse que existe derecho para expropiar el todo de esa propiedad, consienta o no en ello su dueño? La poca o mucha extensión del sobrante no puede modificar los principios ni influir en la solución legal, y la Legislatura debe ser reputada tan incompetente para disponer de unos pocos piés, como para hacerlo de muchos acres de la propiedad privada en un tal caso". (Matter of Albany Street, 11 Wend 151).

Décimo noveno: Que en el mismo sentido y no menos importantes que el anterior, son los casos de Duun v. City Council, Harper 129; Cooper v. Williams, 5 Ohio 392, y Buckingham v. Smith, 10 Ohio 288, en el último, de los cuales especialmente, se declaró que la propiedad individual no podía ser tomada por los poderes públicos bajo el poder de dominio eminente con el único propósito de aumentar las rentas del Estado, y que en consecuencia, en la expropiación de una corriente de agua para facilitar la apertura de un canal de navegación, no podía tomarse nada que no fuera estrictamente necesario a dicho canal, con mira de crear una renta por medio de la venta o el arriendo del uso del agua, terminando el Tribunal con estos conceptos que por su pertinencia importa transcribir:

"No conocemos ejemplo de que la propiedad particular haya sido tomada por la autoridad del Estado, simplemente con el propósito de fomentar la renta, vendiendo o disponiendo de otra manera análoga de aquello, y si tal poder existiese, sería a la verdad destructivo del derecho individual, teniendo por efecto inmediato, aniquilar todas sus garantías y suprimir las naturales distinciones entre 'lo mío y lo tuyo', a voluntad del Estado".

Vigésimo: Que acorde con estos principios de sanción general, entre otros expositores, Cooley, en su tratado Limitaciones Constitucionales, que tiene por objeto determinar las restricciones impuestas por la Constitución a la acción de los poderes públicos, condensando las opiniones de los autores y los principios reconocidos y aceptados en la jurisprudencia a este respecto, agrega en términos no menos claros y concluyentes:

"La expropiación debe ser siempre limitada a la necesidad del caso, y por consiguiente, nada más puede ser expropiado que lo que se juzgue necesario al uso especial para el que la expropiación ha sido autorizada. Cuando solo una parte de los terrenos de un particular, es requerida por las necesidades públicas; la expropiación de esta parte no justificará la del todo, aún cuando se acuerde debida compensación por ella, y desde el momento en que se extienda más allá de la porción requerida por la necesidad del caso, cesará de ser justificada ante los principios que rigen el ejercicio del derecho de dominio eminente". (5ª ed., ps. 670 a 691).

Vigésimo primero: Que a esta opinión que es también la de Story, "On the Constitution", 2 nº 1956 y de Redfield, "On the Law of Railways", 1, p. 218, nota 4ª, puede especialmente añadirse la de Sedgwick "Statutory and Constitutional Law", p. 451, el cual dice:

"La expropiación de la propiedad privada para objetos privados, es un mero abuso de los poderes de legislación. Una resolución dictada con tales propósitos, no tiene carácter de una ley y está prohibida por las ideas generales que definen y limitan las funciones de la legislatura. Un estatuto que autoriza el traspaso de la propiedad de uno a otro, sin el consentimiento del propietario, es inconstitucional y prohibido, aunque se dé una compensación. Así una Municipalidad no puede, con el objeto de hacer una calle, tomar el todo de un lote, si solamente es indispensable una parte, y la ley debe ser interpretada como si requiriese el consentimiento del propietario respecto a la parte actualmente no necesitada, pues de otro modo, es inconstitucional y prohibida".

Vigésimo segundo: Que por consiguiente, solo por error ha podido invocarse en estos autos los precedentes americanos como favorables a la idea de un poder absoluto en el Congreso para disponer de la propiedad privada por vía de expropiación, extendiendo equivocadamente la doctrina que ellos consagran respecto de la facultad de aquel cuerpo para hacer pesar en virtud de atribuciones de otro orden el costo de las mejoras públicas sobre las propiedades con ellas beneficiadas a la expropiación misma de estas, que es denegada explícitamente y sin excepción en aquella jurisprudencia.

Vigésimo tercero: Que si no son favorables a tal idea los precedentes Americanos, no lo son tampoco los de otros países, siendo importante recordar a su respecto que si en Francia, alguna vez por una grave y fundamental derogación de las reglas comunes sobre expropiación, se ha autorizado esta en mayor extensión de la que aquellas permiten, no ha sido ello sino excepcionalmente, y toda la legislación vigente hoy, es encaminada en un sentido opuesto, no imponiendo a los propietarios el sacrificio del abandono de su propiedad en mayor extensión que la indispensable a la obra pública que la motiva, sino cuando esta no es de posible ejecución de otro modo que por trabajos de conjunto que hagan indispensable la expropiación total (ley de trece de setiembre de mil ochocientos cincuenta, artículo trece) o cuando por consecuencia de expropiaciones llevadas a cabo para ensanche, rectificación o apertura de nuevas calles, los sobrantes de las propiedades que hayan de ocupar esta, no ofrezcan por su extensión o forma, la posibilidad de levantar en ellas construcciones higiénicas y salubres (decretos de veinte y seis de marzo de mil ochocientos cincuenta y dos; veinte y siete de diciembre de mil ochocientos cincuenta y ocho y catorce de junio de mil ochocientos setenta y seis) casos todos en los cuales, sin duda alguna, media una razón de necesidad y de conveniencia social que autoriza el procedimiento de la expropiación a su respecto. (Dufour, "De l'expropiation", números seis y siete; Block Administración de la ciudad de París, página doscientos cincuenta y siete).

Vigésimo cuarto: Que en todo caso, no son los antecedentes y prácticas de gobiernos regidos por instituciones monárquicas, que non las nuestras, y en las cuales no existe el poder político que en nuestro sistema constitucional se acuerda a los Tribunales de Justicia para juzgar de la validez de los actos legislativos, los que conviene invocar en oposición a los de la Nación que nos ha dado el modelo de sus instituciones, esencialmente contrarias por su índole a toda idea de absolutismo en el Gobierno y más encaminadas por tanto, a la protección y conservación de los derechos individuales.

Vigésimo quinto: Que aunque se objeta que por la disposición constitucional corresponde entre nosotros al Poder Legislativo y solo a él, la calificación de la utilidad pública, y que su juicio por tanto, debe ser concluyente y decisivo al respecto, fácil es sin embargo, observar desde luego:

Que tal atribución, según se ha sentado ya en el considerando quinto, no puede entenderse derogatoria de los principios fundamentales sobre que reposa la Constitución y que constituyen la esencia de todo gobierno libre.

Que al Congreso, por consiguiente, no le es dado en el ejercicio de tal facultad, ni separarse de aquellos principios, ni prescindir de las reglas que constituyen la noción fundamental del derecho de expropiación.

Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el testo de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.

Que tal atribución, que es por otra parte un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario, que hace la Constitución, y de la naturaleza, esencialmente subordinada y limitada de este último se halla especialmente consagrada por las leyes de dieciséis de octubre de mil ochocientos sesenta y dos y catorce de setiembre de mil ochocientos sesenta y tres, la primera de las cuales declara, que: «Uno de sus objetos (de la Justicia Federal) es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales que esté en oposición con ella», y la segunda, que: «Los Tribunales y Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución, como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancionare el Congreso, los tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes... en el orden que va establecido".

Que por consiguiente, aunque no haya una línea precisa que deslinde y distinga lo que es utilidad pública de lo que no lo es, a los efectos del ejercicio del derecho de expropiación, lo cual exige, sin duda, que se acuerde en todos los casos, la mayor deferencia al juicio y declaraciones del Congreso a tal respecto, toda vez, sin embargo, que aquel cuerpo claramente exceda los límites de su atribución constitucional, los Tribunales están en el deber de ejercitar su acción en protección y garantía del derecho individual agredido y de la propiedad tomada fuera de las formas autorizadas por la Constitución.

"Que tal es la doctrina consagrada por la más alta Corte Judicial de Estados

Unidos, aún en relación al poder de impuesto, que es en sí y por su naturaleza, ilimitado y mucho más amplio y discrecional que el de expropiación, habiendo dicho tribunal declarado reiteradamente, que el ejercicio de tal poder por la Legislatura en los casos de naturaleza judicial, está sujeto, como el de todos los otros poderes legislativos, al control y revisión de las Cortes de Justicia, y anulado en consecuencia, como repugnantes a la Constitución repetidos impuestos creados a objetos reputados no ser estrictamente de interés general, aunque por ellos resultase colateralmente beneficiado el público (20, Wallace's Reporte, 655; 106, United States, 485; 113, United States, 1); y finalmente:

Que en el presente caso, según antes se ha establecido, no se ha puesto en cuestión ni denegado la utilidad pública de la obra a que la precitada ley de mil ochocientos ochenta y cuatro se refiere, y no se trata por consiguiente, en rigor, de una revisión de la declaración del Congreso a tal respecto, sino propiamente de la extensión que debe ser expropiada para tal obra, o sea si debe tomarse a los particulares el trayecto solo ocupado por aquella vía pública, o también las fracciones situadas a derecha e izquierda de la misma, cualquiera que sea su extensión y aunque la línea de la calle no toque las propiedades a que pertenezcan, sino en su línea exterior o en sus revoques.

Vigésimo sexto: Que no puede deducirse un argumento serio contra estas conclusiones de la decisión anterior de este Tribunal en los casos del Procurador Fiscal de la sección de Santa Fe contra los señores Señoras y Rosas y contra don Francisco Ferré, invocados por el procurador Municipal en estos autos. Primero: porque en el caso de esos fallos, dictados con motivo de las expropiaciones que fue necesario realizar para hacer efectiva la entrega de una legua de tierras al costado de la vía del ferro-carril Central Argentino, estipulada en el contrato de construcción de dicha vía, mediaba una circunstancia que no media en el presente y que hace desaparecer toda paridad entre ellos, a saber: que la concesión de aquellas tierras fue hecha teniéndose en mira y fijándose como condición de ello, su población y colonización para proporcionar tráfico Y vida a la vía proyectada, objetos en sí de verdadero e indisputable interés público, que justificaban legalmente la autorización conferida al Gobierno para expropiarlas; y segundo: porque cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan el juicio del Tribunal para los casos subsiguientes.

Vigésimo sétimo: Finalmente, que de todas y cada una de las precedentes consideraciones, resulta que la ley de treinta y uno de octubre de mil ochocientos ochenta y cuatro, en cuanto declara sujetos a enajenación forzosa otros terrenos, en su totalidad o en parte, que los que haya de ocupar la vía pública a que se refieren los artículos cuarto y quinto de dicha ley, es contraria a la Constitución, y no puede por lo tanto, ser acatada ni aplicada en el presente caso.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte considera que debe revocar y revoca la sentencia apelada a foja ochenta y una vuelta, y declara que no es procedente la expropiación de la finca de la demandada Isabel A. de Elortondo, sino en la parte necesaria y que haya materialmente de ocupar la avenida a que estos autos se refieren. Repóngase el papel, notifíquese con el original y devuélvanse en oportunidad los autos. - Benjamín Victorica. - Uladislao Frias. - Federico Ibarguren. - C. S. de la Torre. - Salustiano J. Zavalía (en disidencia).

Disidencia del doctor Zavalía:

Vistos: La ley del Congreso, de treinta y uno de octubre de mil ochocientos ochenta y cuatro, que autorizó la apertura de una gran Avenida en el centro de Buenos Aires, para facilitar la circulación de su inmensa población y el tráfico de su activísimo comercio, que se hacen cada vez más difíciles por sus calles estrechas, ha sido objetada de inconstitucional por doña Isabel A. de Elortondo, cuando ha llegado el caso de proceder a la expropiación de su casa calle de Perú números catorce, diez y seis y diez y ocho, necesaria para la construcción de aquella obra.

Estando declarada por dicha ley la utilidad pública de la expropiación de todas las fincas y terrenos que resulten afectados por la apertura de la Avenida, la objeción de inconstitucionalidad se refiere a la parte de esas fincas o terrenos que no quede comprendida en el ancho de la Avenida, y que el propietario pretende conservar, alegando que esa parte no es necesaria para la obra pública decretada, y que su expropiación teniendo por objeto revenderla para lucrar con el mayor valor que la realización de la obra ha de darle, no es un objeto de utilidad pública en el sentido de la Constitución, sino una violación del derecho de propiedad.

Esa cuestión ha sido extensa y luminosamente estudiada por el Procurador General y poco hay que agregar a los fundamentos de su vista de foja ciento dos, para dejar establecida la perfecta constitucionalidad de la ley y la inconsistencia de los argumentos aducidos contra ella.

Las leyes que dicta el Congreso tienen en general la presunción en su favor de ser conformes a la Constitución, que es la ley suprema del país, por el juramento de cumplirla que han prestado sus miembros, por la competencia que estos deben tener para el ejercicio de la misión soberana del legislador, por la larga tramitación, detenido estudio y discusión que precede a su sanción, y por la ilustración de los miembros del Poder Ejecutivo que concurre a ella y que han prestado el mismo juramento.

Pero si hay un caso especial en que esa presunción adquiere doble fuerza y excluye hasta la posibilidad del error, ese caso es el presente, en que se trata de una ley de progreso y de utilidad común, extraña a la política, en que las pasiones y los intereses de partido no han entrado para nada, que ha sido detenidamente estudiada, ampliamente debatida, y dos veces sancionada, pues es sabido que pedida recientemente su derogación, no por razón de inconstitucionalidad sino en vista de otros proyectos más vastos, el Congreso la negó con el aplauso unánime de la opinión.

¿Por ventura la Municipalidad, el Congreso, el Gobierno Nacional, todos han estado ciegos o tan ofuscados por el error que no se han apercibido de que sancionaban una ley monstruosa que envuelve una violación del derecho de propiedad.

No; han procedido conscientemente con la convicción de no contrariar ningún precepto constitucional, ni violar derecho alguno; siguiendo la huella de otros Congresos y otros Gobiernos de la República Argentina y ajustándose a la jurisprudencia establecida sobre la materia por repetidos fallos de su Corte Suprema.

Sin embargo, la concesión se hizo y la Corte Suprema la declaró constitucional; de manera que si en el presente caso la ley fuese declarada inconstitucional, habría que agregar a la lista de los Poderes Públicos de mil ochocientos ochenta y cuatro y mil ochocientos ochenta y siete que violaron la Constitución, el Congreso del Gobierno de mil ochocientos cincuenta y cinco y de mil ochocientos sesenta y tres, y la Corte Suprema de mil ochocientos sesenta y siete y mil ochocientos sesenta y ocho, donde figuraban los hombres más eminentes del país y los autores mismos de la Constitución.

Pero admitamos como posible tan extraño fenómeno y examinemos la ley de que se trata, a la luz de los principios constitucionales que rigen en la materia.

El artículo diez y siete de la Constitución consagra en estos términos la inviolabilidad de la propiedad, estableciendo formas protectoras para garantirla y reglas seguras para fijar sus limites, en relación con el dominio eminente del Estado : "la propiedad es inviolable, nadie puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley; la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada".

Es con esta prescripción fundamental que hay que confrontar la ley de que se trata, para saber si es o no constitucional.

Desde luego, hay que observar que no se trata de privación de la propiedad y que por consiguiente no es necesaria la senten-cia fundada en ley ; se trata de expropiación por causa de utilidad pública y entonces basta que esta sea calificada por ley y previamente indemnizada.

Ambas condiciones concurren en el presente caso; la expropiación de las fincas o terrenos que resulten afectados por la apertura de la Avenida, ha sido calificada como de utilidad pública por la ley y va a ser previamente indemnizada. Y es oportuno observar, a fin de evitar erróneas interpretaciones, que no es la apertura de la Avenida lo que la ley declara de utilidad pública; en su artículo cuarto autoriza la apertura de la Avenida y en el quinto declara de utilidad pública la expropiación de los terrenos que resulten afectados por ella.

Pero se objeta que esa calificación es errónea por ser excesiva, que solo el terreno comprendido en la extensión de la Avenida es necesario, y que no hay necesidad ni utilidad pública que justifique la expropiación de los sobrantes de las propiedades que resulten afectadas por su apertura.

Esto es exigir una nuevo requisito para la expropiación, que no ha establecido la Constitución.

¿Quién ha de juzgar si la calificación de utilidad pública hecha por la ley es errónea o excesiva?

Son los Tribunales, según se pretende; luego a más de la calificación y la indemnización previa, se requiere sentencia de juez que declare acertada y justa la disposición de la ley.

Pero esto es alterar el texto constitucional y olvidar los principios más elementales de la administración de justicia.

No es dado a los jueces juzgar de la justicia de las leyes; pueden bajo nuestro régimen constitucional juzgar de su constitucionalidad; pero no habiendo en la Constitución cláusula alguna que defina lo que debe entenderse por utilidad pública y hasta dónde se extiende, el juicio de los jueces declarando que no hay utilidad pública allí donde la ley ha declarado que la hay, no es un juicio sobre la constitucionalidad de la ley, sino sobre su acierto, sobre su justicia: la ley declara "esto es necesario para el bien común", y el juez dirá: "el Congreso se equivoca, esto no es necesario y es injusto expropiar más de lo necesario".

Pero no es al criterio de los jueces a quien la Constitución ha librado el discernimiento de las necesidades públicas y el cuidado de proveer a ellas, sino al criterio del Congreso y del Poder Ejecutivo: calificada por ley, dice la Constitución, no "calificada por sentencia", como habría sido necesario que se dijese para que los jueces estuviesen llamados a juzgar si hay o no utilidad pública allí donde la ley la ha declarado; y es muy significativo el uso de los términos empleados en el artículo diez y siete de la Constitución para excluir la intervención de los jueces en el ejercicio de esa facultad: para la privación de la propiedad, requiere sentencia fundada en ley, y para la expropiación, a renglón seguido, requiere solo utilidad pública "calificada por ley", es decir, juzgada en cada caso por el Congreso y el Poder Ejecutivo.

La ley de expropiación, de setiembre de mil ochocientos sesenta y seis, así lo ha establecido, reglamentando el ejercicio de esa facultad constitucional y así lo ha resuelto esta Suprema Corte en fallos memorables, que han hecho jurisprudencia y tienen una autoridad decisiva en la materia: «esas leyes, ha dicho esta Corte, no pueden ser objetadas, ni discutida su constitucionalidad ante los Tribunales, por razón de error en la calificación, porque el artículo diez y siete de la Constitución, disponiendo en su inciso segundo, que la expropiación sea autorizada por ley, libra a la discreción exclusiva del Congreso el juicio sobre la utilidad pública en los casos ocurrentes.

Un escritor y jurisconsulto notable, argentino, es verdad, ha sostenido lo contrario, pretendiendo primero, que esa resolución se limita "á separar de su conocimiento la apreciación de la utilidad pública, pero de ninguna manera la aplicación que de ella deba hacerse sobre la propiedad particular"; y segundo, que si la Suprema Corte hubiera sancionado lo que se pretende, habría incurrido en error, porque es un error suponer que la Constitución ha establecido la omnipotencia del Congreso, y la impotencia de la Corte para defenderla ante la opinión de uno de los poderes del Gobierno Federal. (Amancio Alcorta, "Avenidas y expropiaciones").

Lo primero, es insostenible en presencia del texto tan explícito terminante de la sentencia referida; no es la apreciación en abstracto de la utilidad pública, sino la apreciación en concreto, aplicada a la propiedad particular en los casos ocurrentes, lo que según ella ha librado la Constitución a la discreción exclusiva del Congreso.

Lo segundo, es una aventurada afirmación, fundada en un argumento que no prueba nada a fuerza de probar demasiado.

Hay muchos poderes conferidos por la Constitución al Congreso en cuyo ejercicio no intervienen para nada los Tribunales; los que sería necesario subordinar al juicio de la Corte, según esa manera de argumentar, para no caer en la omnipotencia del Congreso, que se presenta. como un fantasma a la imaginación asustadiza de los propietarios.

Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, fijar anualmente el presupuesto de gastos de la Nación, legislar sobre aduanas, imponer contribuciones directas, declarar la guerra o hacer la paz, son poderes del Congreso cuyo ejercicio está librado a su prudencia y sabiduría, mucho más importantes que el de autorizar la expropiación por causa de utilidad pública; y sin embargo, a nadie se le ha ocurrido ni aún so pretexto de defender la propiedad, la libertad y aún la vida del ciudadano contra la omnipotencia del Congreso, que los Tribunales pudieran rever sus actos para averiguar si la justicia ha sido bien consultada en los códigos que dictó, si las penas establecidas para los delitos son excesivas, o si las contribuciones impuestas son necesarias para la defensa y seguridad del Estado.

No; la Suprema Corte no ha estado en error al hacer tal declaración sino en la verdadera doctrina constitucional, y en esto ha estado de acuerdo con la jurisprudencia establecida por las Cortes Federales de Estados Unidos, no obstante ser la Constitución Americana al respecto menos explícita que la nuestra, pues es menos el uso público que la utilidad pública.

"El poder del Gobierno respecto a mejoras públicas, han dicho aquellos Tribunales, es un poder soberano. Corresponde a la sabiduría del Congreso determinar cuándo y de qué manera requieren su ejercicio las necesidades públicas, y con el razonable ejercicio de aquella facultad, los Tribunales no intervienen". (Suvan v. Williams, 2 Mich. 427; Avery v. Fox, 1 Abbott C. C., 246).

"La constitucionalidad del derecho, no está medida por el importe o grado preciso del beneficio público a conferirse.

Siempre que haya interés público, "aunque sea aparente", para sostener una ley, el Poder Legislativo o la persona o cuerpo subordinado que él puede designar, es el único juez competente de su necesidad. La cuestión en todos estos casos no es de si la ley es indispensable, sino si puede ser útil y conveniente (Newoemb v. Smith; Chand, 71». Véase Decisiones Constitucionales de los Tribunales Federales, por Nicolás A. Calvo, tomo segundo, página trescientos cuatro).

Y si los Tribunales de Estado se han creído autorizados para intervenir en cuestiones de esta naturaleza, es por excepción "en casos de palpable e injustificable abuso de poder o cuando la evidencia de una separación de la regla para el uso público está manifiesta sobre la faz del acto", como se resuelve en el caso últimamente citado y porque ni en la Constitución de Estados Unidos ni en la de los Estados, se ha establecido como en la nuestra, que la expropiación por causa de utilidad pública sea calificada por ley.

Se ha invocado también contra la autoridad Cooley y una sentencia de la Corte de Estado de Nueva York que declaró inconstitucional una ley que disponía "que siempre que una parte solamente de un lote o fracción de tierra fuese requerida para los propósitos de una calle de ciudad, si los comisionados para asignar compensaciones estimasen conveniente incluir la totalidad del lote en la asignación, tendrían poder para hacerlo".

Pero es una pretensión cuando menos extravagante la de atribuir mayor autoridad a una sentencia de una Corte de Estado, que a dos sentencias de la Corte Suprema de la República Argentina y otras dos de las Cortes de Circuito de los Estados Unidos; siendo además de notar la diferencia considerable que hay entre librar al juicio de comisionados, si se ha de expropiar una parte o la totalidad del lote, o que este punto sea resuelto directamente por el Congreso, al declarar la utilidad pública de la expropiación.

Y en cuanto a la opinión de Cooley, es verdad que este autor sostiene "que cuando una parte solamente de la propiedad es necesitada por el público, la necesidad de la apropiación de esa parte no justificará la toma del todo, aunque se dé una compensación por ello; y que desde el momento en que la apropiación va más allá de la necesidad del caso, cesa de estar justificada por los principios que sirven de fundamento al derecho de dominio eminente".

Pero esta no es una opinión, sino un principio sobre el cual todos están de

acuerdo y que el legislador debe tener presente cuando va a ejercer el poder de expropiación.

En cuanto a la autoridad competente para juzgar de la necesidad, la opinión de Cooley está de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema.

"La autoridad para determinar en cada caso, dice, si es necesario permitir el ejercicio de este poder, debe quedar con el Estado mismo; y la cuestión es siempre una, de carácter estrictamente político, no requiriendo audiencia alguna sobre los hechos, ni determinación alguna judicial.

Sin embargo, cuando un trabajo de adelanto, de importancia local solamente, se tiene en vista, cuya necesidad debe ser determinada en vista de los hechos que los habitantes de la vecindad deben suponerse en aptitud de entender mejor, la cuestión de necesidad es generalmente referida a algún Tribunal local, y puede aún ser sometida a un jury para que la resuelva sobre evidencia.

Pero las partes interesadas no tienen derecho alguno constitucional para ser oídas sobre esta cuestión, a menos que la Constitución del Estado clara y expresamente se lo reconozca y lo provea.

En principios generales, la decisión final queda en el departamento legislativo del Estado; y si la cuestión es referida a algún Tribunal para ser juzgada, la referencia y la oportunidad para ser oído, son materia de favor y no de derecho.

El Estado no está sujeto a obligación alguna de hacer provisión para una contestación judicial sobre esa cuestión". ("Constitutional limitations", página seiscientos sesenta y ocho). Cita en apoyo de esta doctrina numerosas resoluciones de los Tribunales de Estado y trascribe "in extenso" la del caso de People v. Smith, 21, Nueva York, 595, de la cual conviene copiar aquí los siguientes párrafos:

"La necesidad de apropiarse la propiedad para el uso del público o del Gobierno, no es una cuestión judicial. El poder reside en la legislatura. Puede ser ejercido por medio de un estatuto que de una vez designe las propiedades a ser apropiadas y el objeto de la apropiación, o puede ser delegado a oficiales públicos, o como se ha hecho repetidas veces, a corporaciones privadas, establecidas para llevar a cabo empresas en que el público está interesado. No hay restricción a este poder, excepto aquella que requiere la compensación que debe darse.

"Y allí donde el poder es cometido a oficiales públicos, es objeto de discreción legislativa determinar qué reglas prudenciales deben ser establecidas para asegurar un discreto y juicioso ejercicio de la autoridad. La provisión constitucional asegurando el juicio por jurado en ciertos casos, y aquella que declara que ningún ciudadano será privado de su propiedad sin el debido proceso de ley, no tienen aplicación al caso. El juicio por jurado solo puede ser reclamado como un derecho constitucional, allí donde la cuestión es de carácter judicial".

"El ejercicio del derecho de dominio eminente descansa en el mismo terreno que el poder de imponer. Ambos son emanaciones del poder de hacer la ley. Son los atributos de la soberanía política, para cuyo ejercicio la legislatura no está en la necesidad de dirigirse a las Cortes. Al establecer un impuesto, o al apropiarse la propiedad de un ciudadano o de una clase de ciudadanos para objetos públicos, con una provisión adecuada para compensación, el acto legislativo es el debido proceso de ley, etc. La apropiación de la propiedad es un acto de administración pública, y la forma y manera de ejecutarse es tal cual la legislatura en su discreción lo prescribe."

La ley ha juzgado en el caso presente necesaria la apropiación de la totalidad de las fincas afectadas por la Avenida; ese juicio no puede ser revisado por los Tribunales, ni el criterio de estos puede sobreponerse al criterio del Congreso, y esto basta para dar por resuelta la cuestión de constitucionalidad.

Pero quiero suponer que esté en las facultades de la Corte revisar la calificación de la ley, y veamos a la luz de la razón y del buen sentido, puesto que no hay leyes que definan lo que debe entenderse por utilidad pública, si esta ha sido o no consultada en esa calificación.

Desde luego no puede desconocerse que hay utilidad y provecho evidente en apropiarse las fincas que van a quedar con frente a la Avenida, por el mayor valor que van a adquirir los fondos de las casas actuales transformados en frentes sobre la más central y la más hermosa de las calles.

Tampoco puede negarse que esa utilidad es de carácter público, porque es la Municipalidad y no un simple particular quien va a aprovechar de ella.

Pero esto es una especulación, se dice, en que se buscan ganancias con la propiedad privada, y la utilidad pública a que se refiere la Constitución, no puede convertirse en un negocio ni en propósito de renta, sin desnaturalizarla.

La objeción tendría fuerza y sería muy atendible, si la disposición de la ley tuviera efectivamente por objeto especular con el mayor valor que la tierra va a adquirir con la obra pública a ejecutarse, en beneficio del tesoro municipal.

Pero no es así, y es fácil demostrar que la ley ha sido inspirada por elevados propósitos de equidad, de justicia y de conveniencia pública.

No son conocidos los presupuestos de la obra, pero no es aventurado afirmar, dado el valor actual de la propiedad en Buenos Aires, que la apertura de la Avenida no costará menos de doce millones de pesos al municipio, calculando, a razón de un millón, término medio, por cuadra.

El resultado inmediato de esa obra, tal vez será duplicar y triplicar el valor de los fondos de las casas actuales, convertidos en frentes a la Avenida; ese mayor valor creado por la Municipalidad a costa de tan enorme gasto, no pertenece al propietario sino al municipio; justo es entonces que el municipio lo tome, y este es uno de los objetos de la expropiación total de las fincas afectadas por la Avenida, para revender los sobrantes.

¿0 se pretende por ventura que ese mayor valor pertenece de derecho al propietario? La ley general de expropiaciones lo niego expresamente, y en esto está de acuerdo con todas las leyes de la materia, al disponer "que el valor de los bienes debe regularse por el que hubieren tenido si la obra no hubiese sido ejecutada ni aún autorizada".

Renunciar a ese mayor valor en favor del propietario, es imponer al municipio un enorme sacrificio, que nada justificaría y que sus recursos no se lo permiten.

Si es posible llevar a ejecución una obra de tal magnitud, es porque la hace posible el mayor valor que han de tomar los sobrantes de las fincas expropiadas, los que vendidos en remate han de reembolsar a la Municipalidad gran parte de su costo. Sin ese recurso la obra sería irrealizable y seguramente nadie habría pensado en ella.

Pero suponiendo que lo fuera, su realización escollaría en un inconveniente de otro género no menos insuperable: no habría equidad en hacer pesar sobre la comunidad el costo de la obra, para enriquecer a los afortunados propietarios de un barrio, pagándoles generosamente el valor del terreno que se les expropiase y triplicando el valor de sus propiedades por el frente que se les daría de balde sobre la Avenida.

¿Podría la Municipalidad tomar en otra forma el valor creado por ella y evitar estos inconvenientes?

El sistema de las cotizaciones responde a ese propósito, imponiendo a cada propietario la cuota con que ha de contribuir al costo de la obra; este camino está abierto por la ley y por la ordenanza reglamentaria, en la única forma en que es realizable en la práctica, esto es, por el acuerdo de los propietarios de cada manzana, y ya se ha hecho en alguna; pero impuesto por la autoridad como solución única del problema, ofrece tantas y tan grandes dificultades que parece impracticable por falta de una base cierta y segura para determinar con equidad el monto de cada cuota en relación de la obra, al valor actual de cada terreno y al mayor valor que han de adquirir.

En presencia de esas dificultades, el Congreso ha optado por la expropiación como el medio que mejor consulta la equidad y la conveniencia pública.

Habría podido expropiar todas las manzanas por cuyo centro ha de cruzar la Avenida, como se ha hecho en Francia donde la expropiación por zonas y por barrios enteros se ha practicado sin resistencia y con excelente resultado; pero ha procedido con prudencia y moderación limitando el ejercicio del derecho de expropiación a lo estrictamente necesario.

Se dice que la expropiación por zonas solo se ha admitido como legítima para trabajos de conjunto, sin definir con precisión lo que por tales trabajos debe entenderse; pero si disecar un pantano y sanear un barrio insalubre, son trabajos de conjunto, no lo es menos la Avenida decretada, que abriendo una ancha vía en la parte más antigua y densamente poblada de la ciudad, responde a propósitos de higiene, de viabilidad y de embellecimiento y requiere trabajos múltiples y complicados.

Otra consideración de conveniencia y utilidad pública concurre a justificar la expropiación total de las fincas afectadas por la Avenida, y es la de poder entregar nuevamente al dominio privado los sobrantes sujetos a restricciones y condiciones a que no se hallan actualmente sometidos.

Cuando se emprenden obras de esta clase, destinadas entre otros objetos al embellecimiento de una gran ciudad y a la comodidad de sus habitantes, no se puede librar a la voluntad de los dueños de las propiedades adyacentes que edifiquen como quieran, y a este propósito responde el artículo sexto de la ordenanza reglamentaria, imponiendo la obligación de presentar a la aprobación de la oficina de Obras Públicas, los planos respectivos, a fin de que las fachadas se ajusten en lo posible a un mismo plano arquitectónico.

"Si el interés público, dice Kent, puede en alguna manera ser promovido por la toma de la propiedad privada, debe quedar a la sabiduría de la Legislatura determinar si el beneficio para el público ha de ser de suficiente importancia para autorizar el ejercicio del derecho de dominio eminente". Y el mismo Cooley, que solo admite con reserva esta regla, no puede menos de reconocer "que el término uso publico como es empleado en la ley de dominio eminente, tiene un significado muy controlado por la necesidad, y en alguna manera diferente del que lleva generalmente"; y cita en su apoyo una decisión de la Corte de Michigan en que se establece esta doctrina: "Si se examina a fondo la materia, se encontrará que la consideración más importante en el caso del dominio eminente, es la necesidad de realizar algún bien público que de otra manera es impracticable; y se encontrará también que la ley, no tanto mira a los medios, como a la necesidad". ("Constitutional limitations", página seiscientos sesenta y cinco).

En el caso presente, la sabiduría del Congreso Argentino ha juzgado que el beneficio que la Avenida de Mayo ha de reportar al público, es de suficiente importancia para autorizar la expropiación de las fincas afectadas por ella; y la necesidad de esa expropiación se halla justificada como el único medio de hacerla practicable, no solo bajo el punto de vista de su costo y de los recursos municipales, sino bajo el punto de vista de la justicia y de la equidad, que no permite que unos propietarios sean enriquecidos con el sacrificio de los demás.

¿Juzgarán de distinta manera los jueces? Si así fuera, Buenos Aires, por el egoísmo de unos pocos, quedaría condenada con su medio millón de habitantes a ahogarse entre las calles estrechas que delineó el fundador hace más de tres siglos.

Por estas consideraciones, se confirma la sentencia apelada de foja ochenta y una vueltas. - Salustiano J. Zavalía.