

# LA LEGITIMACION PARA ACCIONAR EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

RODOLFO C. BARRA  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad Católica Argentina (Buenos Aires)

## SUMARIO

Introducción. I. Derecho subjetivo e interés legítimo. II. La cuestión en el derecho constitucional. III. La legitimación para accionar. IV. La cuestión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

## INTRODUCCION

El término "derecho" es análogo, según lo había ya advertido, hace siete siglos, Santo Tomás de Aquino<sup>1</sup>. Es correcto sostener que Pedro tiene "derecho" a defender su "derecho" ante los Tribunales judiciales. Con esta expresión se están señalando dos cosas esencialmente iguales, pero distintas: Pedro tiene derecho a que su deudor le pague y Pedro tiene derecho a que el Juez reconozca que el deudor debe pagarle y que, a la vez, ejecute la decisión en donde consta tal reconocimiento. Los dos derechos son esencialmente iguales, ya que ambos gozan de la nota común de la exigibilidad. Pedro puede exigir del Juez que lo proteja; Pedro puede exigir de su deudor que le pague. En realidad, ambos "derechos" se ejercen o hacen valer al mismo tiempo frente a los dos destinatarios: frente al deudor y frente al Juez. Indudablemente también se podría decir: Pedro tiene ante el Juez el derecho a que se le pague. Frente al Juez, Pedro también tiene derecho a exigir la satisfacción de su crédito, si bien desde el patrimonio del deudor y no desde el patrimonio del Juez. Pero puede exigirle al Juez que su crédito sea saldado. De la

<sup>1</sup>*Suma Teológica*, II-II, q. 57, art. 1, ad. 1 y ad. 2 y art. 2c. Un primer desarrollo de esta idea está ya presente en un célebre paso del Digesto, I, 1, 11, atribuido a Gayo.

misma manera Pedro tiene derecho frente a su deudor (remiso) a que el Juez intervenga en el caso. Los dos derechos son exigibles —pueden ser “hechos valer”— ante ambos destinatarios a la vez, en definitiva, en una sola operación. Pero ambos derechos son distintos, ya que tienen como objeto conductas diferentes que sólo diferentes sujetos destinatarios pueden efectivamente cumplir. Podría decirse que son esencialmente iguales pero sustancialmente diferentes.

En el derecho privado ambos derechos se “poseen” a la vez, aunque pueden ejercerse en momentos distintos. Es lo que ocurre en la mayoría de las situaciones; el deudor paga sin necesidad del reclamo judicial, por lo que el derecho a esta tutela sólo existe en potencia. Pero lo cierto es que al constituirse en sujeto de una obligación, se “adquiere” también el derecho a la tutela judicial en beneficio del efectivo cumplimiento de aquella obligación. Esta es una imposición del sistema jurídico, que sólo puede subsistir como tal si las antifuncionalidades que significan los incumplimientos a las obligaciones contraídas, encuentran un elemento corrector que, en el caso, es el aparato judicial.

La simultaneidad de la posesión de ambos derechos es, sin embargo, hipotética. Con esto se quiere señalar que quizás se carezca del derecho al cumplimiento de la obligación por parte de un tercero, ya sea porque tal obligación nunca existió, o porque ya fue saldada, o porque se encuentra sujeta a determinadas modalidades no cumplidas. En algunos casos también porque la ley no acuerda el derecho pretendido, por ejemplo, demandar la disolución del vínculo conyugal en nuestro régimen de matrimonio civil anterior a la ley 23.515 [EDLA, 1987-A-330]. Pero en todos los casos se posee el derecho a incitar la actuación judicial, a abrir las puertas de los tribunales, ya que sólo el juez podrá comprobar la ausencia de tal derecho *a posteriori*. Sin embargo lo expuesto no conspira contra la afirmación anterior relativa a que ambos derechos se poseen —o no se poseen— simultáneamente, siquiera como hipótesis sistémica. Así, existen situaciones en las que el juez se encuentra en condiciones, *a priori*, de cerrar las puertas de los tribunales porque no existe derecho a reclamar. Supongamos que alguien demande por divorcio a su concubina, reconociendo en la demanda que no hay matrimonio celebrado, o que se demande el desalojo de un inmueble basado en la norma que autoriza al locador a hacerlo por la falta de pago de los alquileres, señalando en la demanda que el deudor es el comprador del inmueble y que lo adeudado son las cuotas del precio de la compraventa, comprometidas en la escritura traslativa de dominio. En el primer caso no existe la relación jurídica sustancial, en el segundo la relación jurídica

es distinta. En ambos se carece de acción, o la acción intentada es equivocada. En ambos el juez se encuentra autorizado a rechazar la pretensión *in limine*. No hay derecho, no hay acción, la pretensión es inadmisibles. Como se ve ambos derechos nacen simultáneamente, lo que puede diferir es el momento en que el juez llega a la conclusión acerca de la existencia de ambos, pues si existe el uno, necesariamente debe existir el otro. Más exactamente, si existe la relación obligacional, cualquiera sea su fuente, existe el derecho a la tutela judicial. Si la relación obligacional no existe, no existe el derecho a tal tutela judicial, aun cuando el proceso deba transcurrir en plenitud hasta la sentencia final. En este caso sólo se trata de poner en práctica el mecanismo necesario para que el Juez pueda llegar a la conclusión debida —la inexistencia del derecho pretendido— cuando no se encuentra en condiciones de hacerlo en el mismo momento inicial del ejercicio de la pretensión.

Los dos derechos nacen, entonces, simultáneamente y tienen una vida necesariamente conjunta. Sin embargo, insisto, no son iguales, ya que hay situaciones en las que uno subsiste aunque el otro se encuentre relativamente agotado. Es lo que ocurre con el instituto de la prescripción liberatoria. A pesar del paso del tiempo que según la ley y por razones de seguridad jurídica, puede obstaculizar el progreso de la acción, subsiste el derecho a reclamar del deudor el cumplimiento de la obligación, que se convierte en "natural", según la califica el art. 515 del cód. civil, con los efectos establecidos en el art. 516 del mismo código. Ya no hay derecho a la tutela judicial —relativamente, pues la prescripción no puede ser declarada de oficio y, una vez ganada, puede ser renunciada tácita o expresamente por el deudor— pero se mantiene el derecho al cumplimiento de la obligación. Esta situación, que es una excepción —una anomalía— impuesta por la ley, muestra la diferencia entre ambos derechos, a pesar de que la regla es su nacimiento y vida simultáneos.

En el derecho público —constitucional y administrativo— ocurre lo mismo, aunque determinadas exigencias constitucionales de raíz política, pueden generar ciertas dificultades. Estas dificultades, y su origen han emergido en pronunciamientos recientes de la Corte Suprema —aunque fundados en una secular jurisprudencia— lo que puede

<sup>3</sup>Sobre las diferencias entre acción y pretensión procesal, ver la excelente monografía de Jaime Guasp Delgado, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1981.

provocar errores de interpretación. La finalidad de este trabajo es analizar sumariamente —sólo a modo de planteo y con un intento de explicación personal— el problema expuesto<sup>264</sup>.

## I. DERECHO SUBJETIVO E INTERES LEGÍTIMO

En el derecho administrativo se hace uso —todavía<sup>3</sup>— de estas confusas y caprichosas categorías, aunque se encuentran justificadas históricamente y tengan vigencia hoy en día en países sujetos a un sistema constitucional distinto que el nuestro. La crítica a tal distinción la efectué en la oportunidad señalada en la nota anterior, adonde remito.

Sin embargo, cabe precisar aún más la idea ya que, en definitiva, estas categorías han sido utilizadas, en el derecho administrativo, con una finalidad procesal, aunque justificadas por razones sustanciales. Pero, salvadas estas últimas justificaciones, lo cierto es que siempre se recurrió a la idea de derecho subjetivo o de interés legítimo, para admitir o no, la vía de reclamación o de impugnación que pretende ejercer el administrado contra una determinada conducta de la administración —ciertos autores, para los supuestos de interés legítimo, señalan que lo que se somete a proceso es el acto administrativo y no a la administración— determinando cada categoría —según las legislaciones— procesos diferentes, efectos diferentes en el acogimiento del recurso o demanda e incluso diferentes vías de actuación, judicial o administrativa. Pero, el derecho subjetivo no es una noción propia del derecho administrativo, sino de la teoría general del derecho. En sí misma es una categoría sustancial y no procesal (y de lo más compleja y controvertida)<sup>265</sup> que sólo tiene razón de ser en función de aquella ca-

<sup>264</sup>Por razones metodológicas, sólo se trabajará con la posición mayoritaria del Tribunal o con la que puede ser considerada doctrina mayoritaria, en caso de pluralidad de votos concurrentes. Esto no significa ignorar el valor de la disidencias, siempre de importancia trascendente para el enriquecimiento del Derecho y de la propia jurisprudencia de la Corte. En concreto son tan importantes y jurídicamente valiosas como la opinión mayoritaria.

<sup>265</sup>Ya existe una fuerte reacción de la doctrina contra tal distinción artificial. Ver Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, Civitas, 1991, ps. 37 a 56. También Rodolfo C. Barra, *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abaco, 1980, Cap. VIII, "La relación jurídica administrativa. El administrado".

<sup>266</sup>En el centro de esa polémica se encuentra el origen —el contenido de la noción— de derecho subjetivo. Para un resumen de esta disputa en el pensamiento contemporáneo, a partir de la sugerente tesis de Michel Villey, para quien esta noción enraíza en la obra de Occam y se nutre de un contenido netamente individualista, ver Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, *La filosofía jurídica de Michel*

racterística de analogicidad del derecho. Sirve para explicar la diferencia entre derecho subjetivo y derecho objetivo (como conjunto de normas) y siempre según el contenido que querramos otorgarle a ambas expresiones. Cuando García de Enterría y Tomás Ramón Fernández<sup>4</sup> definen o describen al derecho subjetivo diciendo que: "Esta figura se edifica sobre el reconocimiento por el Derecho de un poder en favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconociendo que implica la tutela judicial de dicha posición", están señalando la dualidad derecho subjetivo-derecho objetivo (al que se lo diferencia con el uso de la D mayúscula) y expresando algo que muy bien podría servir de conclusión a gran parte de lo señalado en la Introducción a este trabajo. Pero ¿es correcto utilizar la expresión derecho subjetivo cuando sólo nos queremos referir a la cuestión procesal de la admisibilidad de la demanda? Debería buscarse un término que no confundiera este aspecto con el que analiza la teoría general del derecho.

Antes de avanzar sobre este aspecto, analicemos lo que surge de nuestro sistema constitucional.

La Constitución Nacional garantiza —y por tanto reconoce— el goce de los derechos enumerados en sus arts. 14 y 14 bis, fundamentalmente. También, entre otros, la reafirmación del derecho de propiedad (art. 17), de la igualdad ante la ley (arts. 16 y 15, con relación a la esclavitud), de la intimidad (art. 19) y hasta los derechos "no enumerados" del art. 33. Pero para gozar de estos derechos hay que ejercerlos. Cuando los ejerzo y alguien obstaculiza o impide tal ejercicio, el goce el derecho se encuentra afectado, dañado. Y aquí viene la verdadera cláusula de garantía constitucional, que nace junto con los restantes derechos, en el momento mismo de su ejercicio: "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos", dice categóricamente el art. 18 de la Constitución. Así, cuando hay ejercicio de un derecho (goce

---

Villey, Pamplona, Eunsa, 1989, ps. 437-486. Sobre el pensamiento de Villey, ver Rodolfo Luis Vigo (h.), *Perspectivas jusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 209 y sigtes. A este respecto, si bien los autores romanos o el propio Santo Tomás no aluden, en su consideración analógica del derecho mencionada en la nota (1), a la voz derecho subjetivo, ello en modo alguno importa admitir la ausencia de una dimensión subjetiva del derecho. Ilustra este tema la relación al derecho romano, Alvaro D'Ors, *Aspectos objetivos y subjetivos del ius*, en "Nuevos papeles del oficio universitario", Madrid, Rialp, 1980 y en relación a Santo Tomás, Luis Lachance, *Razones de la ausencia de derecho subjetivo en Santo Tomás* en "El derecho y los derechos del hombre", Madrid, Rialp, 1979.

<sup>4</sup>Ob. cit., p. 37.

efectivo) y un obstáculo a tal ejercicio, a voluntad del interesado (salvo excepciones) puede ejercerse el otro derecho de nacimiento simultáneo, el establecido en el art. 18, de la tutela judicial efectiva. En este caso, mediando conflicto entre el que pretende gozar, ejerciendo, un derecho y su oponente, nace la competencia del Poder Judicial para intervenir (normalmente a pedido de parte). Hay controversia entre partes, por tanto hay "causa" judicial en los términos del art. 100 de la Constitución: "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...".

Este régimen constitucional no distingue entre conflictos regidos por el derecho público y conflictos regidos por el derecho privado, ni presta atención al hecho de que una de las partes del litigio sea la Administración pública. En todos los casos hay causa o conflicto judicial, lo que habilita la competencia del Poder Judicial. Nada hay en la Constitución que justifique la introducción de la categoría del interés legítimo como distinta del derecho subjetivo. La Constitución reconoce derechos, cuyo goce efectivo garantiza, entre otros medios, a través de la actuación de los jueces del Estado.

Claro está que las causas en las que tales derechos se protegen deben versar "sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación... y por los tratados con las naciones extranjeras". Hay aquí otra vía de comunicación entre los dos "derechos" que analizábamos en la introducción. Para la apertura de la vía judicial, es decir, para el ejercicio del derecho al debido proceso (en su acepción no sustancial), el derecho que el acreedor intenta hacer valer frente al deudor debe estar incorporado como tal en una norma del ordenamiento jurídico, es decir, debe también ser "derecho objetivo". De lo contrario, la acción del presunto deudor no sería antijurídica, antijuridicidad que se origina tanto por la violación de parte del deudor de una obligación que proviene del ordenamiento (por ejemplo, una prohibición, no construir un establecimiento industrial en un área reservada exclusivamente a residencias) como por la violación de una disposición del ordenamiento que protege al acreedor, tal como la que le asegura a éste la percepción de su crédito nacido de una obligación no prohibida por la ley. Además de antijurídica, la violación debe perjudicar al acreedor, lo que se presume *iure et de iure* en el segundo supuesto y debe ser demostrado en el primero. Ya volveremos sobre esta cuestión.

Lo cierto es que pueden existir derechos no contemplados por el ordenamiento, los que no son invocables judicialmente, a

menos que se trate de los derechos "no enumerados" del art. 33 y que así sean "descubiertos" por los jueces, lo que siempre será una situación excepcional<sup>5</sup>.

En el derecho administrativo el mismo análisis puede realizarse con respecto de la situación del acreedor de la Administración según se trate de la actividad reglada —incluyendo aquí las relaciones obligacionales administrativas, aun cuando en éstas siempre podrán encontrarse actos coligados discrecionales— de la Administración pública<sup>6</sup>. Se trata siempre de la definición, por el ordenamiento, de la

<sup>5</sup>Lo expuesto no niega la existencia de derechos naturales; sólo pone en cuestión la posibilidad de ser invocados por los jueces sin contrariar el sistema constitucional. Incluso el art. 33 citado establece que los derechos "no enumerados" deben nacer "del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno". Esta limitación —que no se encuentra en su similar de la enmienda 9 de la Constitución de los Estados Unidos: "The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage other retained by the people"— encuentra su fundamento en el mismo régimen representativo y en la necesidad de excluir a los jueces de la creación de normas jurídicas —salvo indirectamente, como los fallos plenarios, y las que se refieren al propio funcionamiento del poder— que quedan reservadas a los órganos que la Constitución establece, y que se encuentran sometidos a la responsabilidad electoral. Sobre esta cuestión, ver Rodolfo C. Barra, *La Corte Suprema de Justicia y la toma de decisión constitucional*, Rev. Doctrina Judicial, t. 1992-1, p. 551 y sigtes., donde se analizan las dos corrientes interpretativas de la competencia judicial, de cara a la aplicación de la Constitución, el "originalismo" y el "no originalismo". Los jueces no pueden reconocer —y por lo tanto ejecutar contra terceros— derechos no previstos —siquiera implícita o sistemáticamente— por el ordenamiento. A la vez, si el ordenamiento establece una contradicción con el derecho natural, el juez debe inaplicar aquel, pero no dictando una sentencia contra *legem*, sino renunciando a la magistratura para intervenir en la lucha política para la integración del órgano legislativo. Precisamente, el derecho natural obliga de manera directa a los legisladores, y al pueblo, a la hora de votar. Incluso cabría reconocer la licitud moral de alzarse contra el gobierno que viole gravemente el derecho natural. Pero los jueces deben cumplir con la ley tal como está sancionada. Lo contrario es muy peligroso. La Corte Suprema de los Estados Unidos en *Roe vs. Wade* (410 U.S., 113-1973) estableció, fuera de la letra de la Constitución y de la indudable intención de los *framers*, el derecho constitucional a abortar, es decir, el derecho constitucional a matar a un ser humano inocente. Nuestra Corte, en *Sejean, Juan Bautista c. Ana María Zaks de Sejean* (Fallos, 308-2268), fuera del texto constitucional y de la indudable intención de los constituyentes, estableció el derecho constitucional al divorcio vincular. Ninguna de estas soluciones contradictorias con el derecho natural hubieran ocurrido si los jueces se limitaran a respetar y aplicar la voluntad del constituyente o del legislador, según los casos.

<sup>6</sup>Sobre el particular, ver Rodolfo C. Barra, *Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial*. ED. 146-829, donde, entre otros aspectos, se analiza el problema de la legitimación para accionar frente a la actividad discrecional de la Administración pública. Sobre los actos coligados en las relaciones obligacionales, en particular las contractuales, ver, del mismo autor *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*. Buenos Aires, Abaco, 1989.

antijuridicidad de la conducta del deudor y de la existencia de un perjuicio concreto en el acreedor, que, según los supuestos, deberá o no será demostrado. Cuando se trata de la actividad reglada, de la que surge una determinada obligación de la Administración hacia el administrado que se identifica con la hipótesis subjetiva prevista en la norma —dado, por supuesto, la existencia de la hipótesis objetiva también allí prevista— el agraviado deberá sólo demostrar tales extremos, sin necesidad de demostrar el perjuicio concreto, que, reitero, se presume *iure et iure*. En el caso de la actividad discrecional, el supuesto acreedor deberá demostrar la calidad de caprichosa y arbitraria de la decisión administrativa —a partir de un análisis detallado de la aplicación funcional o no, en el caso, de los elementos del acto, según se encuentran establecidos en el art. 7 de la Ley de Procedimientos Administrativos— demostración rigurosa dado que debe vencer el principio de la deferencia en beneficio de la actividad de la Administración pública, más fuerte en la actividad discrecional que en la reglada, y además la concreta incidencia perjudicial sobre el “ámbito vital”, en la expresión de García de Enterría<sup>7</sup>, o zona jurídicamente protegida en beneficio del administrado<sup>7bis</sup>.

## II. LA CUESTION EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Como ya se ha visto, la Constitución reconoce y garantiza un cuerpo de derechos que, frente a la inexistencia de distinción o calificación alguna en el texto, deben todos considerarse fundamentales y de la misma jerarquía<sup>8</sup>. Estos derechos, naturalmente, pueden ser hechos valer tanto frente a las autoridades públicas —Estado nacional, provincias, munici-

<sup>7</sup>Ob. cit., p. 32.

<sup>7bis</sup>Estas cuestiones fueron tratadas con mayor detalle en el trabajo citado en la nota número 6.

<sup>8</sup>Un caso de gran interés con relación a la jerarquía y relación de los derechos constitucionales fue resuelto recientemente por la Corte Suprema en la causa *Servini de Cubría, María Romilda, stamparo* (Recursos de hecho S.289.XXIV, S.303.XXIV y S.292.XXIV) sentencia del 8 de septiembre de 1992 [ED, 149-265]. La actora —jueza federal de la Nación— promovió acción de amparo solicitando el secuestro de un *tape* que contenía la grabación del programa televisivo del Sr. Mauricio Borensztein (“Tato Bore”). Ello, sostuvo a raíz de un llamado telefónico que le habría advertido que las menciones que de ella se venían haciendo en dicho programa “cobrarían mayor intensidad si no retiraba distintas querellas que había iniciado por varias emisiones anteriores”, en las que se había hecho referencia a la jueza con términos lesivos de su honor, vinculados

pios, entes descentralizados— como frente a los particulares. En definitiva, cuando en una causa concreta entre dos particulares, una de las partes cuestiona la constitucionalidad de la norma que afecta o perjudica al derecho que pretende ejercer frente a su contraparte, el derecho constitucional se invoca exclusivamente ante el contrario, aun cuando lo desafiado sea, por ejemplo, una ley del Congreso. Reafirma esta conclusión el hecho que, en nuestro sistema, estas cuestiones de constitucionalidad no requieren ser ejercidas por medio de una acción autónoma. Por el contrario, se confunden con la acción principal —a la que ayudan esencialmente (de lo contrario, es decir, si la cuestión de constitucionalidad no fuese esencial para la resolución de la causa, no sería admitida)— se plantean ante cualquier juez, sin importar el grado, jurisdicción o competencia (control difuso) y no requieren que la autoridad pública emisora de la norma cuestionada sea citada a juicio.

---

con su intervención en una resonada causa en la que se investigaban hechos de narcotráfico y lavado de dinero donde aparecieran involucrados, en alguna medida, funcionarios del gobierno federal, causa que dio lugar a que se solicitara el juicio político de la Dra. Servini. La Cámara —revocando la sentencia de primera instancia— hizo lugar al amparo, pero sin secuestrar el *tapé* pues consideró innecesario verlo dado el carácter limitado de la decisión que se tomaba: sólo la postergación temporaria de la libertad de expresión, suspendiendo provisionalmente la proyección de parte del programa hasta tanto se pronunciara el juez penal sobre el presunto delito de calumnias e injurias. Contra esa sentencia interpusieron recurso extraordinario el Sr. Borensztein y la empresa licentiataria del canal en que se emitía el programa (Arte Radiotelevisivo Argentino - Canal 13), invocando, entre otros agravios, el desconocimiento de la prohibición de la censura previa consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional. La Corte Suprema —con pluralidad de votos concurrentes y, en lo sustancial, una disidencia parcial— revocó la sentencia, levantando la prohibición de emitir imágenes o conceptos relacionados con la actora. En su voto, el Dr. Levene destacó que la sentencia recurrida implicaba otorgar supremacía al derecho al honor de las personas respecto de la libertad de prensa, desnaturalizando así la esencia de ésta, que goza en nuestra Carta Magna de la condición de derecho preferido, "libertad institucional" que hace a la esencia del sistema representativo y republicano de gobierno. El Dr. Fayt, recordando las leyes que han regulado los servicios de radiodifusión a lo largo de los años, destacó aquellas normas que en su momento restringieron la posibilidad de realizar transmisiones que —entre otros motivos— resultaran injuriosas, concluyendo que "A escala universal, se tiende a limitar las restricciones en materia de información y de opinión, como una necesidad para el perfeccionamiento de la democracia contemporánea". En el voto del Dr. Belluscio, se señaló que la Constitución veda terminantemente el control previo de lo que se va a expresar por medio de la prensa, y que "la coordinación válida entre la libertad de hacerlo y la protección del honor de los demás está en la responsabilidad civil y penal de quienes, abusando de la libertad que la Constitución les reconoce, violan los derechos de los otros". El Dr. Boggiano, analizó si la prohibición de la censura previa constituye un principio de alcances absolutos o si, por el contrario reconoce excepciones en aquellos casos en que los jueces disponen medidas restrictivas de la libertad de expresión con el fin de

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que es posible analizar la acción de inconstitucionalidad en sí misma (aun confundida con la acción principal) para definir y resolver los problemas de legitimación que, como tales, pueden presentarse en los casos concretos.

### III. LA LEGITIMACION PARA ACCIONAR

La existencia real de un derecho susceptible de ser hecho valer ante otro sujeto —la redacción anterior no importa una petición de principios ya que, como vimos, pueden existir verdaderos derechos que, al no ser “reconocidos” por el ordenamiento, no pueden ser hechos valer frente a

---

prevenir una eventual lesión de otros bienes jurídicos de raíz constitucional, como el honor y la intimidad de las personas; así, sostuvo que los derechos “no admiten, como regla, protección judicial preventiva sino remedios reparatorios, ya que en el conflicto entre un mínimo estado de incertidumbre sobre la potencialidad agravante de la noticia —incertidumbre que el juez despeja una vez sustanciado el proceso—, y las exigencias inmediatas de la libertad de expresión, debe prevalecer ésta”, ello no obstante, señaló que “si ese margen de incertidumbre no se verifica, si la conducta de quien intenta dar a conocer sus ideas no suscita dudas sobre su ilicitud, no parece irrazonable conceder al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión: máxime en los supuestos en que el daño al honor o a la intimidad puede adquirir graves proporciones y no sea razonablemente posible su reparación por otros medios” —armonizando así las disposiciones constitucionales con las del Pacto de San José de Costa Rica referidas a la actuación judicial protectora— correspondiendo al juez de la causa verificar si la diferencia entre “información o ideas” e “injerencias arbitrarias o abusivas” (arts. 13 y 11 del Pacto, respectivamente) se encuentra presente en el caso concreto. En su disidencia parcial, el Dr. Barra señaló que, si bien en nuestro ordenamiento la libertad de expresión goza de la mayor protección “al servicio de la sociedad democrática y pluralista”, “el constituyente no concibió ese derecho como absoluto y ajeno a toda regulación legal porque, como todo derecho, debe interpretarse y ser ejercido en razón de alteridad —destinado a la vinculación con otros— quienes, a su vez, son titulares de otros derechos igualmente invocables en la vida social”. En lo que aquí interesa, señaló: “Así el Pacto de San José no abandona la idea rectora de su sistema de derechos fundamentales: la dignidad del ser humano (art. 11), fundamento, principio y fin de todas las instituciones sociales, incluso de la libertad de prensa. Tal dignidad humana se resiente gravemente en casos de sistemática persecución, basada no en la argumentación y crítica (acertada o desacertada) de conductas personales o grupales, sino en la irracional denostación, la burla cruel, el estereotipo ridiculizante, en fin, la destrucción, por la permanencia e intensidad de esa acción vejatoria y disvaliosa, de la misma estima personal, propia y de terceros, que es también fundamento de la dignidad humana. La historia reciente trae tristes ejemplos de casos semejantes, donde a través de campañas de infamias, ridiculizaciones y estereotipos denigratorios, se creó el clima “cultural” apropiado para posteriores genocidios que avergüenzan y colman de dolor al

terceros— es una cuestión que interesa, como principio, a la teoría general del derecho, o bien a la filosofía jurídica, para concretarse luego en los supuestos estudiados por las distintas ramas del derecho. En cambio, la cuestión de la legitimación para accionar —el *standing to sue*, de los norteamericanos— es de base principalmente procesal, pero siempre tributaria de las definiciones propias de aquellas ramas del derecho “sustancial”.

Así, ya vimos que, para que nazca la legitimación para accionar, son necesarios dos requisitos: la existencia del derecho reconocido por el ordenamiento y el perjuicio concreto. Lo primero es definido por la rama del derecho de que se trate; lo segundo en una situación fáctica que, en ciertos casos, debe ser demostrada con las exigencias que tal sector del ordenamiento establezca. Estos requisitos, en última instancia, se basan en un fundamento común, de naturaleza constitucional, vinculado a la división de poderes y al principio de la responsabilidad electoral propia del sistema democrático de formación y manifestación de la soberanía estatal. No hay legitimación para accionar en aquellos casos en que la intervención judicial importaría trasladar el ámbito de la decisión normativa (ley, reglamento, acto administrativo) de los órganos dotados con competencia constitucional, capacidad o habilidad material y, sobre todo, responsabilidad electoral para tomarla, al Poder Judicial. Los jueces ni administran ni legislan, ni, en nuestro sistema, resuelven conflictos de poderes o competencias entre los otros órganos constitucionales, el Legislativo y el Ejecutivo. La Constitución realizó una distribución de competencias en tal sentido, en base a ella dotó (y luego el legislador) a cada órgano de determinados medios personales y materiales para que resulten hábiles y capaces en el ejercicio de aquella competencia. Y todo esto lo hizo guiada por el principio democrático de que la creación normativa —que supone decisiones previas de gobierno— queda reservada a los órganos de origen y responsabilidad electoral. Ni

---

género humano. Lo que puede hacerse en contra de un grupo o sector racial, nacional, o religioso, también puede llevarse a cabo en perjuicio de un individuo y por las más variadas razones (art. 13, inc. 5, Pacto de San José). En definitiva es siempre el ejercicio de la violencia en desmedro del más débil, ya que es un violento quien, con sus expresiones, afecta tan intensamente a la dignidad de su prójimo, olvidando que éste, como él mismo, es el sagrario de los valores más preciados”. El Dr. Petracchi, por su parte, señaló que, frente a la tensión entre los derechos a la honra y la reputación y el de la libre expresión, “todo cuanto justificativo o fundamento se halle para la implantación de remedios jurídicos preventivos —que tiendan a evitar el daño al honor personal— si bien valiosos y necesarios en determinados campos de nuestro ordenamiento, son absolutamente inaplicables en el de la libertad de expresión, en la medida que conduzcan a la censura previa”.

dotó de tal competencia y capacidad material a los jueces ni quiso que éstos tuviesen origen y responsabilidad electoral. Por ello los jueces sólo pueden intervenir en "causas" regidas por las normas ya establecidas (art. 100, Constitución Nacional), es decir, *a posteriori*, reconstruyendo lo que fue, porque así existía en la realidad y así lo quería el ordenamiento, o simplemente porque así lo formuló, como hipótesis a realizar frente a determinadas circunstancias que efectivamente ocurrieron en la realidad, el mismo ordenamiento<sup>9</sup>.

De esta manera se acota el campo de la legitimación para accionar, en particular en las cuestiones regidas por el derecho administrativo o el derecho constitucional.

En ciertos casos no habrá ningún tipo de legitimación para accionar: a) tengo perjuicio pero no tengo derecho, como el expropiado que, perjudicado en mayor medida de lo que va a ser indemnizado, no puede oponerse a la expropiación establecida por ley<sup>10</sup>; b) tengo derecho, pero no hay perjuicio concreto y personal, como el caso del ciudadano que ve afectado su derecho electoral por una suspensión prolongada de las elecciones para legisladores u otros representantes, pero no puede invocar ningún daño efectivo a su esfera jurídica o ámbito vital, aun cuando el derecho se encuentre reconocido por el ordenamiento (Constitución y legislación electoral). En otros casos la legitimación para accionar quedará reducida o limitada en sus efectos, como la declaración de inconstitucionalidad de una ley, que sólo supone la inaplicación al caso concreto donde dicha constitucionalidad es desafiada, o la declaración de nulidad de un acto administrativo discrecional, ya que el juez no podrá dictar otro en su reemplazo (probadas la arbitrariedad de la decisión y el perjuicio concreto sufrido o que efectivamente — y no hipotéticamente— se sufrirá).

En todos estos supuestos, y otros semejantes en su esencia, el sistema jurídico quiere que la cuestión sea resuelta por órganos distintos que los judiciales. Es que los jueces cogobiernan, pero según

<sup>9</sup>Ampliar en el ya citado *La Corte Suprema de Justicia y la toma de decisión constitucional* (n. 5).

<sup>10</sup>Podría, en algún supuesto excepcional en que resultara claro que la ley está dirigida a perseguirlo, a perjudicarlo. Pero tendría que resultar manifiesto a todas luces el predominio determinante de la intención de perjudicar sobre la razón de utilidad pública invocada por el legislador, que no puede ser valorada por los jueces. En un supuesto semejante habría violación a la garantía del debido proceso sustantivo y a la garantía de la igualdad en la distribución de las cargas públicas, amén de la afectación del derecho de propiedad (arts. 17, 18 y 16, Constitución Nacional).

los límites establecidos por el art. 100, sin superponerse a las competencias del Congreso o del Ejecutivo, establecidas fundamentalmente en los arts. 67 y 86, respectivamente, de la Constitución Nacional. Estos últimos, si deciden mal en sus esferas de competencia, recibirán una sanción, que será electoral, para lo cual la Constitución y la legislación aseguran el libre juego del debate político, de la lucha electoral, garantizado el funcionamiento del Congreso —cuyos miembros tienen un origen partidario-pluralista y son elegidos por el pueblo— por el régimen electoral y de partidos políticos y por la libertad de prensa. Por eso, exclusivamente por la vía del debate político —esa fue la opción de nuestro constituyente— pueden resolverse los conflictos entre los órganos con responsabilidad electoral. Se trata de conflictos políticos, de los que sus actores darán cuenta al electorado, cuestión que quizás —como hipótesis metaconstitucional— podría recibir la intervención judicial frente a un supuesto de parálisis del Estado como consecuencia del conflicto de poderes. Se trataría siempre de una situación de emergencia que habilita a los órganos constitucionales a ejercer competencias que no les son propias pero que, no repugnantes en su materialidad a la Constitución, pueden ser puestas en práctica para salvar la existencia misma del Estado, es decir, para salvar la existencia de la propia Constitución<sup>11</sup>.

Pero, fuera de supuestos excepcionales en los que, reitero, pudiera encontrarse en juego la misma subsistencia de la Constitución, sólo cuando hay un derecho sustentado en el ordenamiento y un perjuicio personalizado y concreto, sufrido por la afectación de aquel derecho, nacerá, con distintas limitaciones según los casos, la legitimación para accionar, porque sólo allí es invocable el derecho ante los jueces, según lo expuesto en la introducción a este trabajo.

Estas razones apoyan aún más la necesidad de erradicar el derecho público la pareja conceptual "derecho subjetivo-interés legítimo". Este último término carece de todo sentido, mientras que el primero se encuentra plagado de ambigüedades que pueden ser discutidas en la teoría general del derecho, pero que son ajenas al derecho constitucional y al derecho administrativo. Hablemos sólo de derecho, el que interese en la relación jurídica concreta. Frente al juez, se tratará de un

<sup>11</sup>Esta es la doctrina emergente de la decisión de la Corte en la causa *Peralta, Luis Arcenio v. Estado Nacional*, fallada el 27 de diciembre de 1990 [ED. 141-519], relativa, en el caso, a la constitucionalidad de los llamados "decretos de necesidad y urgencia" con los que en situaciones de emergencia, el Poder Ejecutivo decide sobre materias reservadas por la Constitución al Poder Legislativo.

problema de legitimación para accionar, si queremos utilizar un término diferenciador que puede ser útil por razones metodológicas. En definitiva, lo que el juez decidirá, al comienzo o al final del proceso, es si existe ese derecho invocable ante él y ante la contraparte.

#### IV. LA CUESTION EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La naturaleza eminentemente casuística de la identificación concreta de un derecho agraviado, ha dado pie a una jurisprudencia relativamente numerosa en las decisiones recientes de la Corte, en las que el Tribunal a veces parece ampliar el ámbito de la legitimación y otras veces cerrarlo.

##### 1. *Los derechos fundamentales*

En un importante caso en materia de derechos fundamentales —*Ekmejdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros*, E-64.XXIII, sent. de julio 7-1992 [ED, 148-338]— la Corte resolvió una cuestión admitiendo la demanda en la que el mismo actor invocaba la existencia de un “interés difuso”<sup>12</sup>. En un programa televisivo se vertieron expresiones agraviantes a la Virgen María, en tono burlesco y ridiculizante, en particular con relación a su virginidad. El actor invocó encontrarse agraviado en sus sentimientos religiosos y por ello promovió acción de am-

<sup>12</sup>No se analiza en el trabajo esa categoría del “interés difuso” por considerarla tan “difusa” que se encuentra en el grado máximo de la abstracción. En definitiva es tan inútil como la del interés legítimo. La categoría es invocada, habitualmente, en cuestiones vinculadas con la protección de la ecología. Obviamente, si alguien daña el ambiente con perjuicio concreto a un tercero —siquiera la mera molestia (olor nauseabundo) que supera lo tolerable— estamos frente a un caso de violación de un derecho; el derecho a no ser perjudicado injustamente, más que el derecho a la protección del ambiente, suponiendo siempre que el victimario se encuentre realizando una actividad no permitida por el ordenamiento, por ejemplo, las normas de policía ambiental, hoy muy difundidas. Pero si el daño al ambiente no causa ningún perjuicio al accionante —por ejemplo, porque se encuentra a tal distancia del lugar del hecho que no sufre los efectos de la polución— no hay perjuicio, por lo tanto no hay legitimación para accionar. En cambio, si una ley acuerda tal legitimación a cualquier persona, o a determinados sujetos (entidades protectoras del ambiente), la legitimación surge de la ley, que presupone el perjuicio (aunque en concreto no lo sufra el accionante) y, por ende, resulta inútil hablar de “interés difuso” ya que se da en el caso una concreta legitimación para accionar establecida por la ley.

paro (luego de intimar a la demandada, sin éxito) para que se le permitiera ejercer el derecho de rectificación o respuesta establecido en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), aprobado por ley 23.054 [EDLA 1984-22] y vigente para la República Argentina desde el depósito del instrumento de ratificación, el 5 de septiembre de 1984.

Dejando de lado la importancia trascendental del fallo en lo que se vincula con la vigencia y jerarquía normativa del "derecho de integración"<sup>13</sup>, el Tribunal afrontó el problema de la legitimación para accionar teniendo en cuenta que la norma en cuestión (art. 14.1 del Pacto) dice textualmente: "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley". Como se ve, la norma plantea los dos elementos que estuvimos analizando a lo largo de este trabajo: el derecho, reconocido por el ordenamiento ("... tiene derecho a efectuar por el mismo órgano...") y el perjuicio concreto ("Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio"). ¿Se daban estos requisitos en el caso concreto?

La Corte comienza (en el punto en cuestión) señalando que no se encuentra ligada al nombre con que el actor calificó su acción: "Cualquiera sea el nombre que se le hubiese asignado a la acción intentada en estos autos, por aplicación del principio *iura curia novit*, esta Corte está facultada para superar óbices formales..." (cons. 25). En el mismo lugar, el Tribunal, manteniendo la calificación tradicional, dice que en el caso planteado, se encuentra ante "un derecho subjetivo de carácter especial y reconocimiento excepcional" que sólo se presenta ante "una ofensa de gravedad sustancial, es decir no una mera opinión disidente con la sostenida por el afectado, sino —reitera— una verdadera ofensa..." En estas condiciones, la legitimación para accionar —el derecho que se ejerce frente al juez— protege los que el fallo, siguiendo una denominación del derecho norteamericano, califica como "intereses ideológicos" "que son aquellos que buscan la afirmación de principios morales o religiosos... y aunque *prima facie* no deben ser acogidos a los efectos de la revisión judicial si son triviales o insustanciales, esto no

<sup>13</sup>Sobre el particular ver Rodolfo C. Barra, *El rol de la justicia en el proceso de integración*, LL. 1992-B853/862y, del mismo autor *Responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las directivas comunitarias*, Caso Francovich, en Rev. "Communitas", vol. II, p. 83, Buenos Aires, 1993.

supone una exclusión absoluta cuando dicho interés alcanza suficiente fuerza y compromiso en la persona que lo invoca...". En estas condiciones, el interés es un verdadero derecho protegido por el ordenamiento, derecho que no es otro que el de la libertad religiosa de clara consagración constitucional, y que cuando es agraviado se convierte en una verdadera, y gravísima, ofensa a la dignidad de la persona, siendo allí donde aparece el perjuicio concreto. Naturalmente que estos extremos deben ser valorados por el juez en el caso a decidir. No toda opinión, antirreligiosa, aunque ofensiva y ridiculizante, es susceptible de adquirir el tratamiento dado en el caso analizado. La Corte, en *Ekmekdjian*, utiliza, con reiteración, expresiones o frases como (refiriéndose al actor) "... una persona que se ha sentido mortificada en sus sentimientos más profundos por expresiones insitadamente agraviantes para su sistema de creencias... conmoviendo sus sentimientos más profundos ... mortificando sus sentimientos...". Señala la Corte que se trata de "un fuerte sentimiento religioso ofendido", "una ofensa de gravedad sustancial" que, como un argumento más (aunque no determinante) en cuanto a la seriedad de la ofensa, "encuentra en nuestra sociedad sustanciales raíces culturales e institucionales". "En estas condiciones —expresa el Tribunal— la afirmación que provoca la rectificación o respuesta invade, como ya se dijo, los sentimientos más íntimos del afectado, convirtiéndose así —y tratándose de un sentimiento o creencia de sustancial valoración para el derecho— en un agravio al derecho subjetivo de sostener tales valores trascendentales frente a quienes, sin razón alguna, los difaman hasta llegar al nivel del insulto soez, con grave perjuicio para la libertad religiosa". Demostrados estos extremos, "que quedarán sujetos a la severa valoración del juez", dice la Corte —reafirmando la naturaleza excepcional del caso— "no cabe duda de que ...la ofensa afecta la honra personal, por tanto a uno de los derechos subjetivos que mayor protección debe recibir por parte del ordenamiento jurídico". Detengámonos en este punto, siempre sobre el caso concreto. Para un católico, María es su madre. Esto no lo cree, no lo profesa el católico en un sentido metafórico o ideal. Por el contrario, María por ser Madre de Dios es madre de todos los hombres, el medio elegido por Dios —una verdadera vía maternal— para producir la redención. Pero el católico profesa, siente, cree, en una relación personal con Dios y con su Madre, una relación afectiva, de Madre a hijo. El católico dialoga con la Virgen, recurre a ella en los momentos de dolor, de necesidad y también de alegría. Aun los católicos no practicantes tienen esa actitud hacia la

Virgen: del hijo con relación a su Madre. ¿Qué mayor ofensa personal que la dirigida a la Madre? ¿No me ofenden real y concretamente a mí cuando ofenden a mi madre? Por lo menos esta es una dimensión cultural de nuestro pueblo, un pueblo que, además de mayoritariamente católico es profundamente mariano, que ha consagrado a su Nación, a su bandera, a sus Fuerzas Armadas, a la Virgen en sus distintas advocaciones. Se trata de un punto central de la religión que profesa y un aspecto de profundísima incidencia sobre los sentimientos más íntimos de la persona, que no necesitan demostración ante los jueces, ya que los jueces también son producto de su entorno cultural —viven en él— creyentes o no. Por supuesto que lo expuesto es válido frente agravios dirigidos contra cualquier religión, siempre que se afecte algún aspecto central de la misma y con una incidencia denigrante para el creyente. Estos extremos podrán necesitar de prueba, de demostración razonable, si no se trata de cuestiones de carácter público y notorio, como sí lo fueron en el caso comentado. Hay así derecho y perjuicio, protección por parte del ordenamiento (Pacto de San José) daño efectivo, personalizado y concreto, es decir, no una mera disidencia argumental, una seria opinión histórica, filosófica, teológica o política, que, como la sentencia lo aclara, quedan fuera del ámbito protegido por el Pacto de San José.

Lo protegido es la *libertad religiosa*, en su incidencia, en el caso, sobre la honra personal, sobre la intangibilidad de los sentimientos "más profundos", sobre la dignidad de la persona. En este aspecto la Corte formuló consideraciones muy claras: "Que la defensa de los sentimientos religiosos, en el caso a través del ejercicio del derecho de respuesta, forma parte del sistema pluralista que en materia de cultos adoptó nuestra Constitución en su art. 14. Es fácil advertir que, ante la injuria, burla o ridícula presentación —a través de los medios de difusión— de las personas, símbolos o dogmas que nutren la fe de las personas, ésta pueden sentirse moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo, difundido en extraordinaria multiplicación por el poder actual de los medios de comunicación masiva" (Cons. 27). ¿Qué importante afirmación del derecho fundamental a la libertad religiosa, en una dimensión que no es habitualmente considerada y en un momento en que, a pesar de la desaparición de los totalitarismos ateos militantes, el agravio a tal derecho puede provenir de la utilización irresponsable o mal intencionada de los todopoderosos medios de comunicación masiva,

en una acción más destructiva que la que provenía de la misma KGB o, en su época, de la Gestapo!<sup>14</sup>.

## 2. Las cuestiones políticas

Lo expuesto hasta el presente sólo ratifica la tesis —ya casi dogmática— de que sólo la existencia de un interés concreto, sustancial, inmediato, apoyado en el ordenamiento jurídico, es lo que da al caso la caracterís-

<sup>14</sup>García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en la obra ya citada, destacan la configuración técnica de los derechos fundamentales como derechos subjetivos “y derechos subjetivos beneficiados de una especial y enérgica protección, la del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...”, p. 61 y sigtes. Nuestro siglo es testigo de un impresionante progreso en materia del respeto por los derechos fundamentales, sin perjuicio, también de haber vivido quizás las páginas más oscuras de la historia en dicha materia. Pero felizmente se tratan de acontecimientos superados. Sin embargo, la lucha por el respeto de los derechos fundamentales tiene contradicciones. El problema de la pobreza masiva, la destrucción del medio ambiente (en sus efectos sobre el hombre) la falta de consideración de la dignidad de la persona, dignidad entendida como valor en sí mismo y no en tanto que afectada por la violación de otro derecho, violación que naturalmente incidirá sobre aquélla. Este problema es particularmente advertible en los medios de comunicación masiva, con violaciones a la intimidad de las personas, la burla y la degradación utilizadas como arma crítica o simplemente como entretenimiento, la pornografía y la difusión de la violencia. No es posible apreciar, todavía cómo serán afectados los derechos fundamentales por la alteración de la estructura familiar y la degradación de sus valores. El divorcio vincular es, al respecto, un problema menor, frente al reconocimiento cuasi-matrimonial de parejas de homosexuales, a las que se las denomina “modelos familiares alternativos” y así son presentados —en un programa que recién está dando sus primeros pasos— en algunos colegios norteamericanos. Hay que señalar que estos “modelos familiares” se integran también con hijos que son educados en el ambiente cultural de padres de un mismo sexo (al respecto, ver de William Celis 3d, “School across U.S. cautiously adding lessons on gay life”, *The New York Times*, 6 de enero de 1993, p. A7). A esta cuestión se vincula también uno de los desafíos más delicados del presente, con relación a los derechos fundamentales: la manipulación genética. Tampoco es posible saber hoy hasta dónde se llegará por este camino. También el reconocimiento oficial del “derecho a abortar”, inclusive con asistencia estatal, “derecho” que mata, en todo el mundo, a aproximadamente cinco millones de personas por año, problema de extrema gravedad en especial si se considera que es reconocido como tal —como derecho de raíz constitucional— y apoyado por el gobierno del país más poderoso de la Tierra, y quizás de la historia. Pero nuestro tiempo, a pesar de todo, está sembrado de actos testimoniales, a veces verdaderos martirios, en la defensa de los derechos fundamentales, incluso provenientes de seres anónimos. Tal es el caso de la joven italiana que prefirió morir antes de aceptar el aborto. El cable de ANSA (“La Nación”, 28 de enero de 1993) que relata el sacrificio de la humilde madre de familia Carla Levati de Ardenghi, califica al caso como “de heroísmo supremo”, recordando la conducta de Giovanna Berta Molla, otra joven italiana que prefirió también morir para llevar adelante su embarazo y a quien, según se informa, Juan Pablo II beatificará dentro de poco tiempo. Allí está el triunfo del amor y la verdadera defensa de los derechos fundamentales.

tica de "causa" o "controversia" en los términos del citado art. 100 de la Constitución Nacional.

Así surge la noción de la "legitimación para accionar", concepto técnico-jurídico que, en su aspecto político-constitucional, sirve de garantía al principio de la división de poderes en una doble vertiente: sólo legislan y administran los órganos creados por la Constitución para ello y dotados por el ordenamiento de las habilidades necesarias; los jueces no "desgastan" su poder en la definición de temas que deben ser resueltos como resultado del debate político —que se produce tanto en el Legislativo como en el Ejecutivo— conjunta o alternativamente con la utilización de las competencias técnicas —habilidades— para los que estos últimos fueron dotados y de las que los jueces carecen.

Desde esta perspectiva, el instrumento técnico de la "legitimación activa", evita la intervención de los jueces en la resolución de controversias que, desde el punto de vista jurídico, requeriría de un análisis abstracto, desvinculado de un conflicto de derecho y obligaría a los jueces, por lo tanto, a introducirse en la resolución de "decisiones políticas sobre asuntos públicos" según la gráfica expresión utilizada por la Corte en la causa *Dromi*<sup>15</sup>.

Este criterio fue reiterado por la Corte en otras cuestiones en las que sustancialmente se encontraban en juego relaciones entre partidos políticos así como potenciales conflictos entre las ramas Ejecutiva y Legislativa del gobierno que, en nuestro sistema, sólo pueden ser resueltas a través del proceso político —fundamentalmente parlamentario— y no por el proceso judicial. Así, en un caso donde se debatía si la intervención federal a una provincia (exactamente al Poder Judicial de la provincia) decidida por decreto del Poder Ejecutivo, era o no constitucional, la Corte meritó la circunstancia de haber sido enviado tal decreto, por el Ejecutivo, para conocimiento del Congreso y que dicho problema ya tenía estado y análisis parlamentario. La Corte decidió que la cuestión era "abstracta" —en definitiva, una razón que, en el caso, es de la misma naturaleza que la falta de legitimación, por la ausencia de "causa", según el lenguaje constitucional—. "Ello, porque la decisión

<sup>15</sup>Causa D.104, *Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/avocación*, fallada el 6 de septiembre de 1996 (ED, 139-319). Se trata de la famosa causa donde la Corte utilizó, por primera vez, la técnica del *per saltum*. Sin duda el caso es mucho más trascendente (aunque no original) por la razón que se analiza en el texto que por la mera cuestión procesal de la apertura del recurso extraordinario *per saltum*. El tema fue analizado en el citado trabajo *Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial*, FD, 146-829.

que se pretende habría de sustraer la cuestión del conocimiento del Poder Legislativo, que en las actuales circunstancias se halla habilitado regularmente para pronunciarse, según las atribuciones previstas en la Constitución Nacional que los legisladores de la provincia de Corriente invocan en su presentación<sup>16</sup>. Esta doctrina se apoyó —siguiendo una línea jurisprudencial que encuentra sus orígenes en decisiones tan tempranas como las de Fallos, 11-405 y 23-257<sup>17</sup>— en la doctrina que rechaza la calificación constitucional de “causa” o “controversia” a aquellas cuestiones traídas a su conocimiento pero que, en la realidad sólo pretenden incidir por la vía judicial en el debate político que encuentra en las otras ramas del gobierno —en especial el Congreso, como ya fue dicho— el lugar para su desarrollo democrático, es decir, la decisión por órganos con origen y responsabilidad electoral. En particular, tal criterio se fortalece en los casos donde —como en *Rossi Cibils*— los accionantes son partícipes directos del mismo debate político, contando con recursos propios y naturales para hacer pesar su opinión en el ám-

<sup>16</sup>Causa R.210, *Rossi Cibils, Miguel Angel y otros, slamparo*. La inexistencia de causa torna imposible cualquier legitimación para accionar. El fallo mereció una crítica negativa de German Bidart Campos. [ED, 149-460] y positiva de Alberto Bianchi “La decisión política de intervenir”, publicado en “Ambito Financiero”, del 26 de noviembre de 1992.

<sup>17</sup>En el caso de Fallos, 11-405 (sentencia del 16 de abril de 1872), la Corte —remitiendo al dictamen del Procurador General— revocó la sentencia recurrida y dispuso la inmediata libertad de Dn. Crisólogo Andrade, quien, habiendo participado en la rebelión acaudillada por Felipe Varela en el año 1867 en la provincia de La Rioja —asistiendo a diversos combates en calidad de Sargento Mayor— había sido indultado en el año 1868 por el entonces “Comisionado Nacional para la pacificación de La Rioja” (medida que fue aprobada por el gobierno nacional). En la sentencia de primera instancia se había cuestionado la competencia del Comisionado para indultar, señalando que aun cuando esa medida proviniese del Presidente de la República, debía ser posterior a la condena del imputado en sede judicial. La Corte señaló que, si bien la competencia del Poder Ejecutivo se limita al otorgamiento de indultos, dada la necesidad de pacificar la provincia, cabía la utilización de la figura de la amnistía, como “el medio más eficaz y racional de conseguir este objeto en las circunstancias en que se hallaba aquella Provincia en 1868”, y que, habiendo obtenido la aprobación del Congreso, no cabía el cuestionamiento judicial de la amnistía otorgada: debía ser “el Congreso, y no un juez el que podía haber anulado la amnistía, si la creía perjudicial o indebida”. En la sentencia de Fallos, 23-257, dictada el 21 de mayo de 1881, la Corte señaló que “los Tribunales de justicia no tienen jurisdicción para juzgar de la legalidad o ilegalidad de la composición del Congreso, desde que por disposición expresa(*sic*) de la Constitución cada Cámara es Juez único de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros” (el Congreso sería así, la “única autoridad que hubiera podido someterlas a juicio y condenarlas”), rechazando la demanda interpuesta por el Dr. Mariano Varela contra el Comisario de Policía, Avelino Anzó, reclamando los daños y perjuicios ocasionados por el cierre del establecimiento tipográfico “La Tribuna” (impidiendo la publicación

bito institucional apropiado. Así lo ha sostenido también la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Goldwater vs. Carter*<sup>16</sup> en el que se consideró no justiciable la cuestión planteada por un senador respecto de las facultades del Ejecutivo en la denuncia de un tratado, señalando que, dado que se trataba de una disputa entre dos ramas del Gobierno, el accionante contaba con recursos propios para la defensa de su pretensión en el seno del mismo Congreso, a diferencia de lo ocurrido en el precedente invocado por el actor en el caso, donde un particular había cuestionado el alcance de los poderes del Presidente con referencia a la confiscación de determinadas industrias.

En tal contexto, se reitera, el tratamiento de este tipo de cuestiones no se aleja de los supuestos de falta de legitimación para accionar —como en *Dromi*— ya que, amén de eventualmente carecer del interés particularizado y concreto que debe sustentar la “causa”, el accionante es un “legitimado” de pleno derecho en el proceso legislativo de formación de las decisiones, y de la resolución de los conflictos políticos. No hay “causa judicial” (art. 100, CN) en tanto —y también porque— no hay “parte” cuyo “agravio” sólo pueda ser reparado en los estrados de la justicia.

Es, precisamen, en la misma línea de pensamiento con que la Corte se expidió en la causa E-31.XXIV, *Electores y apoderados de los partidos Justicialista, Unión Cívica Radical y Democracia Cristiana s/nulidad de la elección de gobernador y vicegobernador*, fallada el 26 de diciembre de 1991 [ED, 149-397], donde, además de conocer por vía del recurso extraordinario en una causa ya radicada y decidida en sede judicial de acuerdo con las normas del derecho público local (lo que por sí solo provocaba la justiciabilidad de la cuestión) sostuvo la “competencia exclusiva e indelegable” del Colegio Electoral provincial para llevar a cabo el proceso para la designación de gobernador, previsto en la Constitución de la provincia, considerando, entonces, “obvio el interés de un elector —miembro de Colegio— para reivindicar la condición de juez único que tiene el Colegio al que pertenece” (Cons. 8°) por lo que

---

del periódico del mismo nombre), en cumplimiento de dos decretos del Poder Ejecutivo Nacional que declararon en estado de sitio la provincia de Buenos Aires y dispusieron el traslado de las autoridades nacionales a la ciudad de Belgrano, cuya constitucionalidad cuestionaba el actor por considerar que las facultades excepcionales invocadas por el Poder Ejecutivo no existían legalmente y que la posterior ratificación legislativa “no podía subsanar los vicios de aquella medida, por hacer parte de él (el Congreso) una Cámara arbitrariamente formada, y carecer por tanto de legalidad”.

<sup>16</sup>444 U.S., 996-1007 (1979).

revocó la sentencia que había rechazado la nulidad de lo actuado por una composición parcial —e insuficiente a los efectos del *quorum*— del citado Colegio, que se encontraba, así, imposibilitado de funcionar regularmente, sin que existiese otro ámbito posible para resolver la controversia suscitada.

En consecuencia, resultan extrañas al conocimiento judicial las controversias de naturaleza política que poseen otro ámbito apropiado para su solución, salvo que, por carecerse de tal sede natural, la intervención judicial se torne indispensable para asegurar el normal funcionamiento de las instituciones, en garantía del proceso democrático querido por la Constitución Nacional.

Esta posición institucional de la Corte Suprema puede ser mejor comprendida si se la confronta con otras situaciones en las que, en su apariencia, también se produciría un conflicto potencial entre las ramas políticas del Gobierno, como en los supuestos de los denominados “decretos de necesidad y urgencia” dictados por el Ejecutivo en materias de competencia del Legislativo y puesto por el primero en conocimiento de aquél.

La similitud es sólo aparente *cuando el accionante es un particular*, concretamente agraviado en sus derechos por el decreto en cuestión, es decir, alguien que invoca un perjuicio propio, individualizado, *independiente del debate político*, del cual, por lo demás, el perjudicado no es actor directo. Así ocurrió en el caso *Peralta*, donde el actor desafió la constitucionalidad del decreto del Poder Ejecutivo que, invocando razones de necesidad y urgencia, había decidido la reprogramación de las imposiciones financieras lo que, sin duda le permitía al accionante alegar un perjuicio patrimonial directo y propio, un daño a su propiedad privada. En supuestos de tal naturaleza, los actores carecen de una “vía política” para defender sus derechos, son ajenos al debate político y a la relación entre poderes. Aquí no hay daño a la división de poderes, sino una verdadera “causa” de las identificadas en el art. 100 de la Constitución Nacional, para cuya solución la misma Constitución creó el Poder Judicial, dotándolo de tal competencia y de las “habilidades” adecuadas para cumplir con la ejecución de esa competencia. Se trata, por lo tanto, de un cometido indelegable en los otros poderes, salvo en los supuestos expresamente autorizados por la Constitución o por el resto del ordenamiento siempre que, en este último caso, quede habilitada la vía revisora judicial posterior.