

24° ENCUENTRO DE PROFESORES DE DERECHO CONSTITUCIONAL

CÓRDOBA, 12 Y 13 DE SEPTIEMBRE DE 2019

PANEL “PROCESOS CONSTITUCIONALES”

EXPOSICIÓN DEL DR. PABLO LUIS MANILI

Algunos disparadores que serán desarrollados oralmente

1) ¿Cuáles son los procesos constitucionales?

1.a) ¿Son sólo aquéllos que tramitan ante tribunales de justicia?... o sea: amparo (individual y colectivo), habeas corpus, habeas data, acción declarativa, acciones de clase y tutelas urgentes

1.b) ¿Abarca también los procesos constitucionales no judiciales?... es decir aquellas reglas de procedimiento contenidas en la constitución pero que no se aplican ante un órgano jurisdiccional. Por ejemplo:

- (i) el procedimiento del juicio político y su control judicial;
- (ii) el procedimiento para la designación de jueces de la CSJN
- (iii) el procedimiento para la designación de jueces federales y nacionales
- (iv) el proceso ante el jurado de enjuiciamiento de magistrados;
- (v) las comisiones investigadoras del Congreso de la Nación y la aplicación —a ellas y por ellas— de las reglas del debido proceso;
- (vi) el procedimiento para la formación y sanción de las leyes;
- (vii) el procedimiento para la reforma constitucional y su control judicial;
- (viii) el procedimiento parlamentario de control de los decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados y de promulgación parcial; etc.

1.c) ¿Abarca también el proceso ante el sistema interamericano de derechos humanos?... Somos conscientes de que el procedimiento ante los órganos que lo componen está regido por el derecho internacional de los derechos humanos y no por

el derecho constitucional ni el procesal constitucional. Pero hay un fenómeno que justificaría su inclusión como “procesos constitucionales”: la constitucionalización del derecho internacional (especialmente el de los derechos humanos), es decir, la creciente tendencia de las constituciones iberoamericanas de incluir en sus textos referencias al derecho internacional de los derechos humanos, sea como mera pauta interpretativa de las normas constitucionales, o como fuente colateral de normas, o para asignarles a esas normas la misma jerarquía que la propia constitución y conformar un bloque de constitucionalidad¹. De modo tal que si las constituciones remiten al derecho internacional de los derechos humanos en busca de una mayor protección para el individuo, podría considerarse que el estudio del funcionamiento de los órganos encargados de la aplicación de esas normas y de los procesos que se ventilan ante ellos, no está tan alejado de nuestra materia.

2) ¿Es suficiente la reglamentación de los procesos constitucionales judiciales en la Argentina?

2.a) Amparo Individual

Está regido por un Decreto ley de facto que además restringe la acción de varias formas:

- (i) Fija un plazo de caducidad muy breve, de 15 días, para su interposición. Esta limitación continúa vigente, puesto que los jueces siguen aplicándolas para rechazar amparos², si bien fueron morigeradas en algunos casos, por ejemplo, cuando la violación al derecho es continuada.
- (ii) Establecía la obligatoriedad de agotar la vía administrativa antes de interponerlo (o sea, iniciar un expediente administrativo ante la misma autoridad de la que emanó el acto lesivo, pidiéndole que lo revea). Esta limitación ha quedado abolida porque el art. 43 CN consagró que el amparo es una acción “*expedita y rápida*”, y si es “*expedita*” no puede estar condicionada a un proceso previo.

¹ Hemos analizado el tema en nuestro libro *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción de las normas internacionales de derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Astrea, 32º edición, 2017, passim.

² Por ejemplo, la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, en el fallo plenario “*Capizzano de Galdi v. IOS*” declaró la vigencia de ese plazo aún después de la reforma constitucional de 1994 (publicado en *Jurisprudencia Argentina* 2000-II:57).

- (iii) Sólo lo admitía contra actos de autoridad pública. Esta falencia fue salvada unos años más tarde, cuando se sancionó el Código Procesal Civil y Comercial (en adelante “CPCC”), cuyo art. 321 dispone que el proceso sumarísimo será aplicado “*Cuando se reclamase contra un acto u omisión **de un particular***”, como también lo hace el art. 43 CN
- (iv) Sólo podía interponerse en defensa de derechos consagrados en la constitución, lo cual fue subsanado en 1994 por el art. 43 CN, que establece que también procede en defensa de derechos consagrados en leyes y tratados.
- (v) Acotaba las facultades de los jueces, ya que prohibía declarar la inconstitucionalidad de una norma en el marco de esta acción. Esta limitación declarada inconstitucional inmediatamente después de la sanción de la ley, en los casos “*Outón*”³ y “*Empresa Mate Larangeira Mendes*”⁴ y luego consagrada esa posibilidad en forma expresa en el art. 43 CN, agregado en 1994.

2.b) Amparo colectivo

No está reglamentado legislativamente. Falta determinar:

- (i) Qué ocurre cuando se promueven varios amparos por el mismo hecho, acto u omisión... Se acumulan? En qué juzgado?
- (ii) Quién es el “*afectado*” al doctrina y la jurisprudencia dejan dudas al respecto
- (iii) Cuáles son los requisitos y las “*formas de su organización*” de las “*asociaciones que propendan a esos fines*” para que puedan ser “*registradas conforme a la ley*”
- (iv) La creación del registro de esas asociaciones
- (v) Cuáles son los efectos de la sentencia: ¿efecto expansivo?... ¿efecto erga omnes?
- (vi) ¿El Ministerio Público puede promover amparos colectivos? (el art. 120 CN lo habilita para “*promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad...*”)

³ Fallos 267:215.

⁴ Fallos 269:393.

2.c) La proliferación de amparos

Hay cantidad de amparos legislados en leyes especiales que difieren muy poco uno de otro. Todos ellos tienen características comunes y deberían ser objeto de una regulación unificada, con s,

- (i) Amparo por Mora⁵: para que un juez compeler a la autoridad administrativa a resolver las peticiones pendientes
- (ii) Amparo Aduanero⁶ y tributario⁷: para que la persona perjudicada en el normal ejercicio de un derecho por demora excesiva de los empleados administrativos ocurra ante el Tribunal Fiscal y éste intervenga.
- (iii) Amparo electoral⁸: el elector que se considere afectado en el ejercicio de su derecho al sufragio podrá solicitar amparo, por escrito o verbalmente, ante un juez o a cualquier funcionario nacional o provincial, quienes estarán obligados a adoptar urgentemente las medidas conducentes para hacer cesar el impedimento
- (iv) Amparo sindical⁹: establece que todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical, podrá recabar el amparo de éstos derechos ante un juez a fin de que este disponga el cese inmediato del comportamiento antisindical.
- (v) Amparo ambiental: La ley general del ambiente¹⁰, con defectos de redacción, establece dos clases de amparo para el caso de daño ambiental colectivo: (1) Tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente: el afectado, el Defensor del Pueblo, las ONG de defensa ambiental y el Estado (nacional, provincial o municipal). (2) Toda persona tendrá legitimación para pedir la cesación de actividades generadoras de daño. El primero se trata de un proceso similar al amparo colectivo del art. 43, segundo párrafo, CN (con expresa referencia a esta norma) enderezado a obtener la recomposición del ambiente. El segundo es subsumible en el amparo clásico del art. 43, primer párrafo, CN, con la particularidad de que la petición de fondo de la acción es una medida cautelar de no innovar.

⁵ El art. 28 del Decreto ley n° 19.549

⁶ Art. 1160 del Código Aduanero, Decreto ley n° 22.415

⁷ La Ley n° 11.683,

⁸ Código Electoral Nacional establece en su art. 10

⁹ Ley n° 23.551, art. 47

¹⁰ Ley n° 25.675, art. 30

En nuestra opinión el amparo es un derecho en sí mismo, que se materializa a través de la consagración legislativa de una acción expedita, rápida y efectiva que posibilite el acceso a la justicia en defensa de los derechos humanos fundamentales. Por lo tanto, al ser un derecho, es —conceptualmente— uno solo y no varios, dado que existe por mandato constitucional y no por creación legal. En consecuencia sostenemos que no es conveniente que existan distintas normas que legislen una multiplicidad de amparos, las cuales, en la mayoría de los casos, poco o nada agregan a lo que surge de la constitución nacional.

2.d) Habeas corpus y Habeas data

Las leyes que los reglamentan resultan adecuadas para garantizar un buen funcionamiento. Incluso varias constituciones provinciales mejoran el “piso” establecido en esas leyes nacionales

2.e) Acción Declarativa

El art. 322 del CPCCN prevé la acción declarativa de certeza, cuando exista un estado de incertidumbre respecto de los hechos o de la relación jurídica entre dos o más partes. Pero a partir de 1985 esta acción comenzó a ser acogida por la CSJN como una herramienta para el ejercicio del control de constitucionalidad. El máximo tribunal aceptó que, quien consideraba que una norma era inconstitucional, utilizara este mecanismo para obtener una declaración judicial en ese sentido. En otras palabras, el estado de incertidumbre al que se refiere la norma puede estar provocado por la inconstitucionalidad de una norma. En “*Provincia de Santiago del Estero c/ YPF*”¹¹ el tribunal sostuvo que la declaración de certeza es admisible, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo o especulativo y responda a un "caso" que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye una lesión al régimen constitucional federal. Es decir, no se trata de impugnar una norma en abstracto y con efectos generales, sino solamente de accionar para evitar que esa norma se aplique porque esa

¹¹ *Fallos* 307:1379.

aplicación lesiona o lesionaría un derecho. Una serie de fallos posteriores consolidaron esta doctrina¹².

Pero entendemos que esta importantísima herramienta no puede permanecer con una reglamentación que solo es jurisprudencial y es necesaria su reglamentación legal, estableciendo por ejemplo:

- (i) Si abona o no tasa de justicia y cuál es el criterio para calcularla (hay jurisdicciones, como la provincia de buenos aires, donde prácticamente es imposible promoverlas porque intiman a calcular la tasa de justicia sobre todos los efectos económicos que pueda tener la norma tachada de inconstitucional, que muchas veces son absolutamente indeterminados)
- (ii) Cuáles son los efectos de la sentencia: ¿puede ejecutarse una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma o luego de ella hay que promover un juicio ordinario para obtener su no aplicación?

2.f) Acciones de clase

En el fallo “*Halabi*”¹³ de 2009, la Corte afirmó que con esa sentencia estaba creando las acciones de clase no patrimoniales en las que se ejercen “*derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos*” y afirmó que el efecto de esa sentencia era *erga omnes*, ya que ordenó al Estado que se abstenga de intervenir y escuchar las conversaciones telefónicas de los particulares.

También se hace necesario el dictado de una norma que regule este tipo de acciones, dado que la única jurisprudencia que existe es incompleta.

Esa norma debería reglamentar asimismo, las acciones de clase en temas patrimoniales, para terminar con la proliferación de juicios de los jubilados, que deben litigar para obtener actualización de haberes, exención del impuesto a las ganancias, etc. Estas acciones pueden servir incluso en temas de consumidores y usuarios

¹² “Fábrica Argentina de Calderas” (Fallos 308:2569), “Nación Argentina c/ Provincia de Santiago del Estero” (Fallos 310: 2812), “Santiago del Estero Provincia de c/ Gobierno Nacional” (Fallos 311:193), “Colegio San Lucas S.R.L. v. Nación Argentina y Provincia de Buenos Aires” (Fallos 311: 421), etc.

2.g) Otros procesaos que carecen de reglamentación legal:

- (i) Los mecanismos para superar la inconstitucionalidad por omisión (*writ of mandamus*). Pueden servir de modelo las constituciones de Río Negro y Chubut.
- (ii) Los mecanismos para obtener la prohibición de actos a los funcionarios (*writ of prohibimus*). Por ejemplo la constitución de Entre Ríos de 1933 establecía en su art. 27: “*Si un funcionario o corporación pública de carácter administrativo, ejecutase actos que le fueran expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir de los tribunales, por procedimiento sumario, un mandamiento prohibitivo dirigido al funcionario o corporación*”.
- (iii) La reglamentación de la declaración de inconstitucionalidad de oficio (en qué estado del proceso se puede hacer, se debe correr traslado previo o no, se debe citar a terceros que puedan estar alcanzados por la declaración antes de resolver, etc.)
- (iv) El mecanismo para garantizar el derecho de réplica, rectificación o respuesta¹⁴
- (v) El derecho de acceso a la información pública (hoy regulado en un decreto del PEN)

3) ¿Conviene codificar los procesos constitucionales?

Como en toda rama del derecho que va adquiriendo autonomía científica, académica, y peso propio, surgió hace años el debate acerca de la codificación del derecho procesal constitucional.

Ya existen, a esta fecha, algunos antecedentes en el derecho público provincial:

- a) El *Código Procesal Constitucional* de la provincia de Tucumán, ley número 6944 de 1995, que legisla sobre habeas corpus, amparo general, amparos especiales (informativo, electoral, fiscal y por mora de la administración), amparos colectivos, y disposiciones relativas al control judicial de inconstitucionalidad (de oficio, por acción declarativa y por apelación a la Corte Suprema, incluida una especie de *per saltum*).

¹³ *Fallos* 332:111

¹⁴ Si bien en Argentina ese derecho se ejerció por medio de un amparo en el fallo “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”, los arts. 66 a 70 de la ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, como vimos más arriba, han creado una acción especial para garantizar ese derecho.

- b) La *Ley de Procedimientos Constitucionales* de la provincia de Entre Ríos, número 8369 de 1990, que legisla sobre el amparo, la acción de ejecución o prohibición por violación de la ley u ordenanza, el habeas corpus, la demanda de inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal y el recurso extraordinario de inconstitucionalidad ante el mismo órgano.

En el derecho comparado encontramos varios ejemplos de codificación:

- a) En España, la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (LOTC), de 1979, sin llegar a ser un código, no se limita a la creación de dicho órgano, sino que regula el recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad, el amparo constitucional, la impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades autónomas, la declaración de inconstitucionalidad de tratados internacionales, etc.
- b) En Costa Rica existe una *Ley de la Jurisdicción Constitucional*, número 7135, de 1989, que regula: el habeas corpus, el amparo (contra órganos del estado y contra particulares), las cuestiones de inconstitucionalidad (acción, consulta, consulta judicial, etc.), y dos capítulos novedosos: una acción para el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta y las sanciones contra quienes incumplan órdenes dictadas en los mencionados procesos¹⁵.
- c) En Perú se sancionó, en mayo de 2004, el *Código Procesal Constitucional*, ley 28.237, que entró en vigencia en diciembre de ese año, y regula el habeas corpus, el habeas data, la acción popular, la acción de inconstitucionalidad, la acción de cumplimiento, el amparo, etc¹⁶.

La codificación del derecho procesal constitucional, como la de cualquier materia, presenta ventajas y desventajas, que han sido expuestas por Sagüés¹⁷.

¹⁵ Para un análisis exhaustivo de la ley puede verse la obra colectiva *La Jurisdicción Constitucional*, que contiene la reseña del Seminario sobre Justicia Constitucional celebrado en ese país por el tercer aniversario de la creación de la Sala Constitucional, San José, Juricentro, 1993, *passim*.

¹⁶ Puede verse Espinosa Saldaña Barrera, Eloy, *Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado*, Lima, Palestra, 2004, *passim*.

¹⁷ Sagüés, Néstor P., “La Codificación del Derecho Procesal Constitucional” en la obra colectiva por él dirigida *Garantías y Procesos Constitucionales*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pág. 21 y ss.

Ventajas:

- a) La seguridad jurídica que emanaría de un cuerpo único de normas sobre la materia.
- b) La simplificación de los subtipos de amparo (común, electoral, sindical, tributario, aduanero, ambiental, por mora de la administración, etc.).
- c) El aumento de la “cotización jurídica” del derecho procesal constitucional, en el sentido de jerarquizar la garantía de los derechos individuales.

Desventajas:

- a) La falta de un desarrollo académico suficiente que sirva de apoyatura para el código.
- b) La falta de maduración de la disciplina en sí misma.
- c) Lo arduo que sería un debate sobre la codificación
- d) La manipulación ideológica de que puede ser objeto la disciplina al momento de la codificación.

No obstante, consideramos que las ventajas son mayores que estas desventajas, máxime cuando las dos primeras se superan con el mero paso del tiempo. En ese sentido, esta obra aspira a ser una pequeña colaboración (un grano de arena, si se permite la metáfora), desde el ángulo académico, para el desarrollo de la disciplina.

4) A modo de conclusión

Es necesario el dictado de un código procesal constitucional, que contenga un régimen integral de los procesos constitucionales. Ese código debería incluir:

- (i) Una nueva reglamentación del amparo individual
- (ii) La reglamentación del amparo colectivo
- (iii) La unificación de los distintos amparos que existen regulados en leyes especiales
- (iv) La reglamentación del habeas corpus sobre la base de la ley vigente
- (v) La reglamentación del habeas data sobre la base de la ley vigente
- (vi) La regulación de la acción declarativa de inconstitucionalidad
- (vii) La reglamentación de las acciones de clase, patrimoniales y no patrimoniales
- (viii) Los mecanismos para superar la inconstitucionalidad por omisión (writ of mandamus)
- (ix) Los mecanismos para obtener la prohibición de actos a los funcionarios (writ of prohibimus).

- (x) La reglamentación de la declaración de inconstitucionalidad de oficio,
- (xi) El mecanismo para garantizar el derecho de réplica, rectificación o respuesta¹⁸
- (xii) El derecho de acceso a la información pública (hoy regulado en un decreto del PEN)
- (xiii) Pero todo ello debe estar precedido de capítulo preliminar que contenga principios comunes a todos los procesos constitucionales, por ejemplo:
 - la gratuidad de los procesos constitucionales (que todavía está discutida, para ciertos procesos, en nuestro país),
 - la posibilidad de interponerlos sin patrocinio letrado,
 - algún tipo de sanción para los funcionarios judiciales que demoren excesivamente la resolución de estos casos, etc.
 - La habilitación de días y horas inhábiles en forma automática en los procesos constitucionales urgentes
 - la dirección judicial del proceso (rol activo de la magistratura);
 - la interpretación de los derechos contemplados en la constitución de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.
 - La obligatoriedad de los precedentes emanados del máximo tribunal y necesidad de que ese tribunal justifique cualquier apartamiento de sus propios precedentes.
 - La aplicación del principio *iura novit curia*.

¹⁸ Si bien en Argentina ese derecho se ejerció por medio de un amparo en el fallo “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”, los arts. 66 a 70 de la ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, han creado una acción especial para garantizar ese derecho.