

¿CUESTION ABSTRACTA?

A propósito del fallo de la CSJN en “Gobierno de la CABA c/Estado Nacional (PEN) s/acción declarativa de inconstitucionalidad”¹

Por Carlos Enrique Llera (*)

1. Planteo de tema

La pregunta que intentaremos responder en estas breves líneas es si ¿podía la Corte fallar -tenía jurisdicción constitucional o legal- en la causa donde el gobierno de la CABA cuestionaba la constitucionalidad del art. 2º del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 241/2021 del Poder Ejecutivo Nacional que estableció –en su último párrafo– la suspensión del dictado de clases presenciales y de las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 hasta el 30 de abril de 2021, cuando había caducado la vigencia de la norma?

2. La regla general

La existencia de una causa, contienda o controversia jurisdiccional es un *concepto estructural a la hora de establecer los límites a las funciones del poder judicial*. De los arts. 108, 116 y 117 de la Constitución Nacional -y del art. 2 de la Ley 27- resulta que el ejercicio de la función judicial por parte de los jueces y tribunales de la Nación y la competencia recurrida de la CS requiere, como presupuesto esencial, la existencia de un "juicio" o "causa".

La Corte no es un órgano consultivo, ni se pronuncia con un sentido académico, su función es dirimir conflictos, *una controversia efectiva entre sujetos con intereses legales contrapuestos*. La existencia de una causa actual implica un límite constitucional y legal para la actuación del Poder Judicial, la que solo queda habilitada si aquella resulta configurada. La existencia de un caso es imprescindible (art. 2 ley 27, según el cual la justicia nacional “*Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte*”).

A la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como a los demás Tribunales inferiores nacionales, les está vedado expedirse en *abstracto* (*mootness*, en el sistema de los EE. UU).

(*) Director del Centro de Estudios Procesales de la Universidad del Salvador (USAL)

¹ CSJ 567/2021 ORIGINARIO Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, del 04/05/2021

El tribunal cimero ha reiteradamente señalado que corresponde desestimar la acción cuando la actora no demuestra la existencia de actividad alguna que en forma actual ponga en peligro los derechos constitucionales que invoca o le infiera lesión con concreción suficiente que justifique la actuación del Poder Judicial (Fallos 333:1088 y más recientemente, “*Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”, 04/06/2019, Cita Online: AR/JUR/14911/2019).

Abundando, recordó que “...es doctrina de esta Corte que, si lo demandado carece de objeto actual, la decisión es inoficiosa, por lo que no corresponde pronunciamiento alguno cuando las circunstancias sobrevinientes han tornado inútil la resolución pertinente, lo que ocurre cuando el gravamen ha desaparecido de hecho...” (Fallos 321:3646).

Podemos afirmar que la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema es pacífica en orden a que el *requisito de la actualidad del conflicto* no es un aspecto meramente procesal, sino sustancial, una exigencia constitucional que anida en el artículo 116 de la Constitución Nacional. Norma equivalente a la sección 2º del artículo III de la Constitución de los EE. UU, que contiene la denominada *cláusula de caso o controversia* -origen de la doctrina de la controversia-, que se ha interpretado en el sentido de que las partes de un caso federal deben estar involucradas en una controversia justiciable o que involucre una disputa real.

La Corte Suprema ha predicado que el poder de juzgar ha de ejercerse en la medida en que *perdure* un conflicto de intereses contrapuestos en el marco de una controversia, lo que impide su ejercicio cuando esas circunstancias ya no existen (Fallos 311:787 y 328:2440).

El principio general sigue siendo que “*si lo demandado carece de objeto actual, su decisión es inoficiosa* (Fallos 253:346), *por lo que no corresponde pronunciamiento alguno cuando las circunstancias sobrevinientes han tornado inútil la resolución pendiente* (Fallos 267: 499; 272:130; 274:79; 285:353; 286:220; 293:42). Esto impone entonces que la Corte deba atender a las circunstancias existentes al momento de su decisión, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (doctrina de Fallos 281:117; 301:947).

La insubsistencia del caso importa la desaparición del poder de juzgar (Fallos 316:479, considerando 7º y sus citas). Ello es congruente con el invariable criterio que establece la inhabilidad de la judicatura para emitir declaraciones generales o pronunciamientos abstractos.

3. La excepción a la regla

Pero en determinadas situaciones, en materias donde la brevedad de los plazos impide que la Corte Suprema de Justicia de la Nación pueda emitir su pronunciamiento en tiempo útil, se ha considerado subsistente un interés institucional en definir situaciones conflictivas que se *reiteran en el tiempo*, que no

llegan a ser resueltas por el Alto Tribunal por el tiempo que insume normalmente su tramitación.

A pesar de que no existe en la jurisprudencia una categorización de las distintas situaciones que podrían considerarse excepciones a la regla de los casos *devenidos abstractos*, es posible, examinando los fallos de la Corte Suprema, descubrir aquellas en las cuales hay una aplicación implícita o explícita de la doctrina norteamericana de la *probabilidad de reiteración eludiendo la revisión judicial*, entre los que podemos citar la disidencia en "Bahamondez" (Fallos 316:479), considerandos 6º y 7º del voto de la mayoría en "Ríos" (Fallos 310:819), "B.A., s/ autorización judicial" (Fallos 324:4064) y "Acuerdo para el Bicentenario" (Fallos: 340:914)

Los escenarios que pueden *repetirse, pero evadir la revisión* son aquellos en los que los conflictos relevantes siempre dejarían de existir antes de la resolución de un caso judicial.

Esta excepción a la regla de la *actualidad del conflicto* es la que ha aplicado la Corte en "Gobierno de la CABA c/Estado Nacional (PEN) s/acción declarativa de inconstitucionalidad", para expedirse, a pesar de haber caducado la vigencia del DNU materia de la controversia.

Ha dicho la Corte: "Una clásica doctrina de este Tribunal indica que sus poderes se mantienen incólumes para conocer del asunto cuando el desenvolvimiento ordinario de los acontecimientos pudiera sustraer a las cuestiones planteadas de la revisión de esta Corte, frustrándose así su rol de garante supremo de la Constitución Nacional (arg. causas "Acuerdo para el Bicentenario", Fallos: 340:914; "Ríos", Fallos: 310:819; "B.A.", Fallos: 324:4061)".

"En ese entendimiento, dado que circunstancias como las examinadas en la causa pueden prorrogarse o repetirse en el futuro, el Tribunal entiende que su pronunciamiento no solo no se ha vuelto inoficioso sino que debe orientar, desde lo jurídico -no desde lo sanitario- decisiones futuras". (considerando 28 del voto de los jueces Maqueda y Rosatti; considerando 19 del voto del juez Rosenkrantz y considerando 18 del voto del juez Lorenzetti)

Como adelantamos, se trata de la doctrina de la "probabilidad de reiteración eludiendo la revisión judicial", denominada en el sistema de los EE. UU.: *capable of repetition yet evading review*. Basta citar un caso famoso de aplicación en el país del norte: "Roe v. Wade", (410 U.S. 11, 1973), donde se declaró la inconstitucionalidad de la prohibición del aborto en el Estado de Texas, a pesar de que antes de la culminación del pleito la actora ya no estaba embarazada.

Si la *doctrina de la controversia* se aplicara a casos de aborto, nunca se verificaría la oportunidad de expedir una sentencia en un caso real o juicio sobre ese tema. Así lo ha entendido nuestra Corte Federal en el caso "F.A.L.", considerando 5 del

voto que hizo mayoría y considerando 8 del voto de la jueza Argibay (Fallos 335:197, 2012).

La doctrina de *capable of repetition* elaborada por la Suprema Corte de los Estados Unidos significó la construcción de una serie de excepciones a la *teoría de las cuestiones abstractas*, a fin de poder desarrollar su rol en los casos en los que era necesario dejar asentada una interpretación constitucional en asuntos que conmovían las bases mismas del sistema de gobierno representativo federal ("*Southern Pacific Terminal Company. v. Interstate Commerce Comisión*", 219 U.S. 498, 1911).

Estos casos -insistimos- involucran situaciones que siempre dejarían de existir antes de la resolución de un caso judicial.

Se trata de situaciones donde la judicatura advierte la necesidad de sentar un precedente con miras a evitar futuras conductas como la que ha sido objeto de la litis.

4. Conclusión

En síntesis, una cuestión traída a conocimiento de un tribunal de justicia no resulta *abstracta* si es "*capable of repetition, yet evading review*". Ello significa que el Tribunal rechazará la alegada falta de relevancia jurídica de una decisión si el caso entrañaba "*cuestiones susceptibles de reiterarse sin posibilidad de que, por el tiempo que normalmente insumiesen los trámites, pudiesen llegar a ser resueltas por la Corte en tiempo apropiado*" (voto del juez Petracchi en "*Rios*", Fallos: 310:819).

De advero, se frustraría el rol que posee como intérprete máximo de la Constitución (Fallos 330:3160, "*Bussi*"), y garante supremo de los derechos humanos (Fallos 335:197, "*F.A.L.*", considerando 5 del voto de la mayoría).

La doctrina del "*capable of repetition, yet evading review*", tiene sentido y está diseñada para habilitar el dictado de pronunciamientos sin la presencia del *caso actual* por parte del Tribunal Supremo, garante de la Constitución -no es aplicable a los tribunales inferiores-, cuya interpretación de la norma sella el conflicto y por eso, sirve de guía a los demás poderes y a los ciudadanos sobre la conducta a seguir y se presume, evitará la generación de nuevos litigios ante la autolimitación que los demás poderes, advertidos de la interpretación del máximo tribunal, hagan de sus facultades.