

**EXIGENCIAS TEMPORALES
DEL CASO JUDICIAL**

**LOS CASOS DEVENIDOS ABSTRACTOS,
SITUACIONES LIMÍTROFES Y DISCUSIÓN SOBRE
SU CONSTITUCIONALIDAD**

*Disertación del Dr. Carlos José Laplacette
en sesión privada del Instituto de Política Constitucional,
del 18 de mayo de 2011*

**EXIGENCIAS TEMPORALES
DEL CASO JUDICIAL**

**LOS CASOS DEVENIDOS ABSTRACTOS,
SITUACIONES LIMÍTROFES Y DISCUSIÓN SOBRE
SU CONSTITUCIONALIDAD**

Por el Dr. CARLOS JOSÉ LAPLACETTE

Si dejamos de lado el caso excepcional de la declaración de inconstitucionalidad por acordadas, en nuestro sistema constitucional, la declaración de inconstitucionalidad de una norma por parte del poder judicial, surge a partir de la necesidad de resolver una controversia, en la cual uno de los aspectos que deben determinarse se vincula con un posible conflicto normativo entre dos normas de distinta jerarquía. Este ha sido el fundamento del *judicial review* brindado por Hamilton¹, luego por Marshall en “Marbury” y continuado luego por nuestro país.

Dentro de este esquema, donde el poder judicial puede controlar la constitucionalidad de las normas y actos de los demás poderes cada vez que debe resolver una controversia, resulta de

¹ El Federalista, LXXVIII.

la mayor importancia determinar cuáles son, en términos constitucionales, las controversias que corresponde decidir a los jueces; de allí que el caso judicial (la causa o controversia para los estadounidenses) resulta un concepto estructural, que viene a cumplir un papel determinante a la hora de establecer los límites a las funciones del poder judicial.

Además de la existencia de una controversia efectiva entre sujetos con intereses legales contrapuestos, lo que nos lleva a la consiguiente prohibición de resolver opiniones consultivas y al recaudo de la legitimación procesal, la actualidad del planteo también ha sido considerada un recaudo para la existencia de un caso judicial. Desde esta óptica, se ha afirmado que a pesar de que usualmente son vistos como discusiones legalistas, o aspectos meramente técnicos que impiden innecesariamente a la Corte Suprema ejercer su tarea de intérprete constitucional, estos “quién” y “cuándo” encarnan cuestiones fundamentales relativas al rol que le corresponde a los tribunales en nuestro sistema constitucional².

En el día de hoy voy a ocuparme del requisito de la actualidad del planteo, con especial referencia a los casos devenidos abstractos y, dentro de este aspecto, a dos problemáticas particulares, como lo son la discusión sobre la jerarquía constitucional de la regla, y el tratamiento jurisprudencial de muchas situaciones limítrofes.

1. La actualidad del conflicto

Suele entenderse que un pronunciamiento del Poder Judicial que se emita luego de que la controversia haya concluido o antes de que éste tenga verdaderamente lugar, se asemeja en mucho a

² MONAGHAN, Henry P., *Constitutional Adjudication: The Who and When*, The Yale Law Journal, Vol. 82, No. 7 (Jun., 1973), pp. 1363.

una opinión consultiva. Por otro lado, la exigencia del mantenimiento en el tiempo del interés por el cual se reclama a fin de que la causa no devenga abstracta, ha llevado a considerar a los casos devenidos abstractos como a la doctrina de la legitimación puesta en un marco temporal, es decir, el interés personal que necesariamente debe existir al comienzo del pleito (*standing*), debe continuar durante toda su existencia (*mootness*)³. Sin embargo, tal como veremos luego, existen quienes ven en la doctrina del *mootness* un aspecto de mera prudencia o economía judicial, que no se relaciona con las opiniones consultivas.

La exigencia de actualidad en el conflicto se vincula con ambos extremos de un planteo; en primer lugar, éste no puede ser llevado a conocimiento del Poder Judicial antes de que verdaderamente tenga lugar el conflicto (planteos prematuros o *not ripe*). La Corte Suprema de la Nación ha señalado que no le corresponde establecer reglas para casos aún no litigados⁴, ni resolver planteos o agravios hipotéticos o conjeturales⁵.

Estas cuestiones prematuras, tienen su contracara en aquellas que devienen abstractas; es decir, aquellas causas en las que, si bien al momento de haber ser sido llevadas a conocimiento de la judicatura reunían todas las características del caso judicial, durante el trámite del proceso tienen lugar circunstancias sobrevinientes que tornan estéril el dictado de una sentencia sobre el fondo de la controversia. Señalaba Bidart Campos que el pasado que ya ni siquiera se prolonga en consecuencias tangibles, no es susceptible de regulación por vía de sentencia⁶.

O con palabras de Vanossi, si la sentencia carece de sentido por haber cesado la controversia, por haber desaparecido el factor

³ Ídem. ant. Hecho propio por la Suprema Corte Norteamericana en “United States Parole Commission v. Geraghty”, 445 U.S. 388 (1980).

⁴ Fallos 202:14 (1945), 330:3109 (2007).

⁵ Fallos 303:1194; 306:1720; 314:853, 328:1701, etc.

⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo*, p. 431, EDIAR, Bs. As., 1969.

generador o desencadenante del pleito, o por carecer de efecto jurídico la resolución que dicte el tribunal, resulta lógico concluir que cualquier decisión judicial al respecto ya no significaría la solución de un caso ni la determinación de un objeto, por cuanto éste ha desaparecido⁷.

En palabras de la Suprema Corte de los Estados Unidos, para considerar que un caso es apto para ser resuelto por un tribunal federal, una verdadera controversia debe existir en todas las etapas del pleito, y no solo al momento de promover la demanda⁸. De lo contrario, donde por un acto de las partes o por una nueva ley, la controversia otrora existente ha llegado a su fin, el caso se convierte en abstracto⁹. El mismo tribunal ha dicho que “para mantener nuestra jurisdicción... no basta con que una disputa haya estado muy viva cuando la demanda fue iniciada o cuando se obtuvo la revisión de la Corte de Apelaciones... Las partes deben seguir teniendo un interés personal en el resultado del pleito”¹⁰.

Como ejemplos de este tipo de situaciones, la jurisprudencia norteamericana ha considerado abstracta a la demanda de una empleada estatal contra una ley de Arizona, por la cual se imponía a los oficiales públicos la utilización obligatoria del idioma inglés —y por ello la consideraba violatoria de su libertad de expresión—, luego de que la actora cambiara de empleo e ingresara a trabajar en el ámbito privado¹¹.

⁷ VANOSSE, Jorge Reinaldo A., *Jurisdicción y Corte Suprema ante los casos abstractos*, Revista Jurídica de Buenos Aires 1963, I-IV, p. 132.

⁸ “*Arizonans for Official English v. Arizona*”, 520 U.S. 43 (1997).

⁹ “*United States v. Alaska Steamship Co.*”, 253 U.S. 113 (1920). A modo de regla, se ha expresado que la jurisdicción, debidamente adquirida, puede suprimirse si el caso deviene abstracto porque (1) no hay una razonable expectativa de que la violación alegada se repita, y (2) durante el proceso se producen acontecimientos o se dictan medidas que completa e irrevocablemente erradican los efectos de la presunta violación. Cuando ambas condiciones son satisfechas, el caso se convierte en abstracto, ya que ninguna de las partes tiene un interés jurídicamente reconocido en la determinación final de las cuestiones de hecho y de derecho debatidas (“*County of Los Angeles v. Davis*”, 440 U.S. 625 -1979-).

¹⁰ “*Lewis v. Continental Bank Corp.*”, 494 U.S. 472,477-478 (1990).

¹¹ “*Arizonans for Official English v. Arizona*”, 520 U.S. 43 (1997).

Lo propio ocurre cuando la norma impugnada es derogada¹², o luego de que se graduaran los alumnos que cuestionaban la constitucionalidad de normas escolares que les prohibían publicar un periódico estudiantil¹³. De la misma manera, es abstracto el proceso en el cual una sociedad impugna la negativa estatal a su pedido de renovar una licencia, si luego la actora retiró esa solicitud y dejó de actuar en el rubro, no teniendo ya un interés jurídicamente reconocido en el resultado del pleito¹⁴. Y también se consideró inoficioso pronunciarse sobre la acción tendiente a poner fin a la discriminación en contra de ciertas minorías en el ingreso al servicio de bomberos, ya que durante el trámite del proceso la situación denunciada había sido modificada por la conducta de las autoridades¹⁵.

Coincidentemente, nuestra Corte Suprema ha señalado 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 existen¹⁶.

Así se ha expresado, por ejemplo, que “si a la fecha del pronunciamiento ha vencido el término por el que el actor fue designado profesor universitario, resulta inoficioso decidir sobre la validez de la resolución de la Universidad que dejó sin efecto su nombramiento, habida cuenta de la falta de un interés o agravio concreto y actual de la Universidad recurrente”¹⁷. O más claramen-

¹² “Diffenderfer v. Central Baptist Church of Miami, Florida, Inc.”, 404 U.S. 412 (1972).

¹³ “Board of Sch. Comm’rs of Indianapolis v. Jacobs”, 420 U.S. 128 (1975).

¹⁴ “City News & Novelty, Inc. v. City of Waukesha”, 531 U.S. 278 (2001). De manera similar, en “Tiverton Board of Licence v. Pastore” (469 U.S. 328 -1985-), se declaró abstracto el pleito donde se discutía la decisión administrativa de revocar una licencia, luego de que el particular se cerrase el negocio.

¹⁵ “County of Los Angeles v. Davis”, 440 U.S. 625 (1979).

¹⁶ Fallos 311:787 (1988), 328:2440 (2005), “Buenos Aires, Provincia de c/Estado Nacional s/ acción declarativa” 26.06.2007.

¹⁷ “Naveyra”, 314:1530.

te señaló que la exigencia relativa al carácter actual del gravamen, procura evitar que el Tribunal se pronuncie sobre cuestiones que se han tornado abstractas porque el apelante ha dejado de sufrir el perjuicio que le ocasionaba la decisión impugnada¹⁸.

En definitiva, según la doctrina de la Corte Suprema, para instar el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales, es necesario que la controversia que se intente traer a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta, como sería la que pudiera plantear quien ya carece de interés económico o jurídico susceptible de ser eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse¹⁹.

2. Sobre la terminología utilizada

Antes de continuar, resulta necesario realizar una aclaración respecto del alcance con el cual haremos referencia al concepto de casos o cuestiones “abstractas”, ya que el término suele utilizarse con una amplitud muchísimo mayor a la que le otorgamos aquí.

De la lectura de distintos precedentes de la Corte Suprema es posible verificar que para ella, caso abstracto equivale prácticamente a todos aquellos supuestos donde no hay causa o controversia. Ejemplo claro de esto está dado en “Western Electric Co.”²⁰ donde se señaló que “casos abstractos” son aquellos “donde no hay discusión real entre el actor y el demandado, ya porque el juicio es ficticio desde su comienzo, o porque a raíz de acontecimientos subsiguientes se ha extinguido la controversia o ha cesado de existir la causa de la acción; o donde las cuestiones a decidir no son concretas o los sucesos ocurridos han tornado imposible para

¹⁸ “Pinzón”, Fallos 321:1393.

¹⁹ Fallos 189:245, 293:708, 312:995, 328:2440, etc.

²⁰ Fallos 193:524 (1942).

la Corte acordar una reparación efectiva”. Es decir, se utiliza la expresión “caso abstracto” en forma omnicomprendiva de cuestiones prematuras, opiniones consultivas, causas que devienen abstractas o, incluso, como ausencia de legitimación. Similar generalidad es posible verla a lo largo de los historia en los precedentes del Máximo Tribunal.

A título de ejemplo, y entre muchísimos otros, podemos mencionar a “Tachella, Mabel c/ D.G.I.”²¹ donde la Corte Suprema debía resolver el planteo de una abogada que califica de inconstitucional la obligación de optar entre el régimen de monotributo o inscribirse como responsable en el IVA, pretendiendo continuar en la condición de Responsable no Inscripta. Siguiendo el dictamen de la Dra. Reiriz, la Corte Suprema resolvió que “la ausencia de una demostración, en el sentido de que en el caso concreto las normas impugnadas ocasionan el gravamen invocado, convierte en abstracto cualquier pronunciamiento acerca de su constitucionalidad”.

De manera similar, se expresó que “la carencia de legitimación... imposibilitaría el ejercicio de la jurisdicción sobre el fondo del asunto discutido, so riesgo de realizar un pronunciamiento en abstracto”²². En “Partido Justicialista”²³ se mencionó la cuestión abstracta como sinónimo de cuestión prematura, explicando que la inconstitucionalidad planteada resultaba “extemporánea por prematura”, por lo cual, debía “reputarse abstracta”.²⁴

Creemos que la utilización de la expresión “caso abstracto” por parte de nuestra jurisprudencia tiene una amplitud tal que puede tornar confusa su utilización. Si bien dentro de la acepción

²¹ Fallos 325:2600.

²² Fallos 326:1007 (2003), “Mosquera”.

²³ Fallos 284:334 (1972).

²⁴ En otra ocasión se expresó que la mera posibilidad de perjuicios futuros no priva de su carácter abstracto a la cuestión (Fallos 229:460 -1954-).

corriente de la palabra –como oposición a concreto– ello no podría considerarse incorrecto, lo cierto que al referirse a un abanico tan amplio de situaciones la misma puede llevar a confusión.

Es posible que parte de la ambigüedad terminológica provenga de la traducción realizada de los precedentes de la Corte Suprema de los EEUU, quien utiliza indiscriminadamente el término “abstract” para referirse a distintas situaciones en donde no hay una causa o controversia²⁵. Pero, al mismo tiempo, existen términos que permiten delimitar concretamente cada uno de los aspectos del caso judicial: *ripeness*, *mootness*, *standing* y *political questions*²⁶.

En cambio en nuestro país, si bien los términos legitimación y cuestiones políticas han obtenido hace tiempo su carta de ciudadanía, no ocurre lo propio con la doctrina del “ripeness” y, mucho menos, con el “mootness”. Resulta fácil equiparar a los planteos “not ripe” con demandas prematuras o basadas en perjuicios conjeturales. Ello es claro y todos sabremos de qué estamos hablando. Sin embargo, no contamos con una expresión de uso generalizado que refiera exclusivamente al “mootness”. Por lo común se los denomina casos abstractos, pero hemos visto que este término también es utilizado para expresar otras situaciones distintas.

Bianchi defiende una equiparación entre el “mootness” norteamericano y nuestro “caso abstracto”, objetando la amplitud con la que este último término es utilizado por los tribunales naciona-

²⁵ V.gr., como opinión consultiva (*Liberty Warehouse Co. v. Grannis*, 273 U.S. 70 -1927-) como ausencia de legitimación (“*United States v. Richardson*”, 418 U.S. 166 -1974-), como planteos prematuros (“*Pacific Gas & Electric Co. v. State Energy Resources Conservation & Development Commission*” 461 U.S. 190 -1983-), relacionado a cuestiones políticas u opiniones consultivas (disidencia de Frankfurter en “*Baker v. Carr*” 369 US 186), etc.

²⁶ Debe destacarse, de todos modos, que la utilización del término *moot* para aquellos casos devenidos abstractos constituye una mutación generada en el siglo XX, ya que durante el siglo XIX, *moot* fue utilizado con un alcance más propio de su significado corriente (teórico, hipotético, de poco o ningún valor práctico, puramente académico). En el siglo XIX cuando los tribunales afirmaban que no les correspondía resolver *moot cases* se referían a un amplio espectro de situaciones en la cuales no existía una controversia real, ya sea porque el planteo era hipotético, prematuro, fabricado por las partes, o había devenido abstracto (HALL, Matthew I., “The Partial Prudential Doctrine of Mootness”, 77 Geo. Wash. L. Rev. 562, 568).

les y afirmando que “un caso judicial no nace abstracto; se hace tal cuando luego de su planteo sobrevienen circunstancias de hecho o de derecho que modifican las existentes en el momento de su iniciación, tornando innecesaria e ineficaz la decisión judicial”²⁷.

Luqui critica tal razonamiento afirmando que el mismo es parcialmente verdadero y parcialmente falso. Es verdadero porque si existe una “causa”, esta no puede ser “abstracta”, la expresión “causa abstracta” importaría a una contradicción lógica. Y sería falso en cuanto confunde una cuestión abstracta con una causa que devino abstracta. Concluyendo este autor que la expresión correcta sería “cuestión abstracta”, que no permite configurar una “causa” y, a su vez, una causa que por circunstancias de hecho o de derecho se transformó luego en abstracta o, mejor dicho, que la cuestión originariamente contenciosa que determinó la existencia de una causa, se transformó luego en abstracta²⁸.

En realidad, ambos autores tienen razón desde distintas ópticas. Bianchi, recurriendo al término “casos abstractos”, intenta buscar en nuestro derecho un equivalente al “mootness”, mientras que Luqui utiliza la expresión “abstracto” con un alcance genérico similar al otorgado por nuestra jurisprudencia.

Por mi parte, a fin de evitar confusiones y siguiendo en este punto a Bianchi, con la observación efectuada por Luqui respecto del oxímoron que podría suponer hablar de “caso abstracto”, será necesario entonces que aclare que a lo largo de este trabajo me referiré a cuestiones abstractas únicamente como aquellas que *devienen* abstractas²⁹.

²⁷ BIANCHI, Alberto B. *Control de Constitucionalidad*, 2da. ed., Ábaco, Bs. As., 2002, t. 1, p. 307. Vanossi toma una posición similar, al afirmar que “cuestiones abstractas” propiamente dichas son aquellas en las cuales se produce la insubsistencia o desaparición de los requisitos del objeto a decidir por el órgano judicial (VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Jurisdicción y Corte Suprema ante los casos abstractos*, Revista Jurídica de Buenos Aires 1963, I-IV, 135).

²⁸ LUQUI, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Astrea, Bs. As., 2005, t. 2, p. 80, nota 2.

²⁹ *Control...*, t. I. ps. 306/7.

3. Críticas a la doctrina y discusión sobre su jerarquía constitucional

Existe, principalmente en los Estados Unidos, una importante discusión acerca de la jerarquía constitucional de esta regla. Algunos entienden que se trata tan solo de una doctrina judicial relacionada con criterios de mera economía procesal³⁰ o de autorrestricción judicial, mientras que otros, en cambio, consideran que tiene jerarquía constitucional³¹, que no es mucho más que una simple aplicación de la prohibición de dictar opiniones consultivas, un reflejo de la realidad de que “no hay causa o controversia una vez que la cuestión ha sido resuelta”³².

La propia Corte norteamericana, al aplicar esta doctrina, no siempre ha sido clara en explicar si lo hacía por consideraciones de *self-restraint* o en base a la exigencia constitucional de la causa o controversia³³.

Su raigambre constitucional recién fue expresamente reconocida por la Corte Suprema en el año 1964, al afirmar, en una nota al pie, que su impotencia para revisar los “moot cases” deriva del art. III de su Constitución, bajo el cual, el ejercicio del poder judicial depende de la existencia de una causa o controversia (“*Liner v. Jafco, Inc.*”³⁴). Lo cual ha llevado a afirmar que el maridaje

³⁰ LEE, Evan Tsen, “Deconstitutionalizing Justiciability: The Example of Mootness”, 105 Harv.L.Rev. 603, 611 (1992).

³¹ BARRON, Jerome A. – DIENES, C. Thomas, *Constitutional Law*, Third Edition, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1995, p. 44. Quienes enfáticamente sostienen que la causa o controversia debe ser actual, “requires a *present* flesh and blood dispute that the courts can resolve” (cursiva en el original).

³² WRIGTH, Charles Alan, *Law of Federal Courts*, 5th ed., 1994, p. 62-63, citado por Choper, Fallon, Kamisar y Shiffrin, *Constitutional Law*, Ninth Edition, West Group, St. Paul, Mn., 2001, p. 1534.

³³ NOWAK, John E. – ROTUNDA, Ronald D., *Constitutional Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 2004, Seventh Edition, p. 71.

³⁴ 375 U.S. 301 (1964). En esta causa, un empresario de la construcción solicitó el dictado de una orden judicial prohibiendo a un sindicato realizar piquetes en una obra. Los tribunales locales concedieron la orden solicitada por el empresario, y cuando la causa llegó a la Corte Suprema,

de la doctrina del *mootness* con el art. III de la Constitución ha sido marcadamente casual³⁵.

Antes de “Liner”, la jerarquía constitucional de la regla no era expresamente reconocida por la Suprema Corte. Por el contrario, en la inmensa mayoría de las ocasiones, la regla de los *moot cases* se fundaba en pautas de discreción judicial.

Algunas excepciones a esa posición podemos encontrar en “Eisler vs. United States”³⁶ (1949), donde el juez Frank Murphy, en disidencia, sostuvo de manera terminante que un caso devenido abstracto, no es una causa o controversia en los términos del art. III de la Constitución³⁷. Sin embargo, los argumentos constitucionales ya se hallaban latentes en una gran cantidad de fallos muy anteriores a éste. A título de ejemplo, en “Aetna Life v. Haworth”³⁸ (1933) se expresaba, con cita de diversos precedentes, que una causa judicial debe ser una controversia real y sustancial, que admita un remedio concreto a través de una decisión de carácter concluyente, a diferencia de una opinión consultiva acerca de cómo debería resolverse un hipotético estado de cosas.

Pero aún con posterioridad al año 1964, han existido casos que pueden poner en duda la jerarquía constitucional de esta doc-

éste solicito que el recurso fuera desestimado por resultar abstracto al haber concluido la obra; subsidiariamente, solicitó que se confirme lo decidido. La Corte Suprema rechazó que la causa haya devenido abstracta y resolvió que los tribunales locales carecían de competencia para el dictado de una orden de esas características.

³⁵ Lee, Evan T., op. cit. p. 611.

³⁶ 338 U.S. 189 (1949).

³⁷ “We can decide only cases or controversies. A moot case is not a ‘ca e’ within the meaning of Art. III”. Allí el juez vinculó los casos devenidos abstractos con la prohibición constitucional de dictar opiniones consultivas. De modo similar, en el mismo caso, Frankfurter y Vinson, directamente consideraron que no existía caso, ya que no había contendiente, al haber escapado de los Estados Unidos el recurrente en el caso, por lo que una sentencia sin su presencia, equivaldría al dictado de una opinión consultiva, rechazada ya en la misma Convención Constituyente y por el primer presidente de la Suprema Corte junto a los ministros asociados en el caso de las consultas efectuadas por Washington.

³⁸ 300 U.S. 227 (1933).

trina. Ejemplo de ello lo constituyen fallos como “Roe v. Wade”³⁹ donde se resolvió sobre la constitucionalidad de la prohibición del aborto luego de que el embarazo había concluido.

Estas situaciones son las que generan más controversia y permiten poner en duda la jerarquía constitucional de la doctrina del *mootness*. Se trata de aquellas causas en las cuales, aun encontrándose imposibilitado el poder judicial de emitir una sentencia que genere efectos concretos sobre los derechos de las partes, no son consideradas abstractas por entender que existe una alta probabilidad de que la misma situación vuelva a plantearse y, por su corta duración, nuevamente eluda el control judicial (capable of repetition yet evading review).

Al analizar este problema en su voto concurrente en “Honig v. Doe”⁴⁰, Rehnquist afirma que si la doctrina del *mootness* fuese, efectivamente, una exigencia constitucional derivada del art. III, la excepción del “capable of repetition, yet evading review” sería incomprensible. De allí que, en su interpretación, la conclusión lógica que cabe extraer de los precedentes jurisprudenciales de la Corte, y de la propia evolución de la doctrina del *mootness*, es que ella, si bien tiene una conexión con el requisito constitucional de la causa o controversia, se trata de una conexión atenuada, que eventualmente podría ser dejada sin efecto cuando existan fuertes razones para proceder de esa forma. Siendo la excepción del “capable of repetition, yet evading review” un ejemplo de tal situación.

En esa misma sentencia, Rehnquist también afirma que debería adoptarse una excepción adicional a la doctrina del *mootness*, en aquellas ocasiones en que los acontecimientos que tornan abstracta la causa sobrevienen luego de la concesión del certiorari. Ello no supone, estima Rehnquist, dejar de lado el principio, el

³⁹ 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁰ 284 U.S. 108 (1988).

que se mantiene en todo su vigor, sino tan solo efectuar una excepción concreta a la regla⁴¹.

En su disidencia, Scalia se opone con firmeza a ver en la doctrina del *mootness* una cuestión de mera prudencia judicial, reafirmando la equivalencia entre esta doctrina y el requisito de la legitimación.

Respecto del caso concreto de la excepción, Scalia afirma que si la conducta ha cesado por el momento, pero se ha demostrado la probabilidad de que se repita una controversia real entre las partes, continúa existiendo un interés personal en el resultado de la contienda; de modo tal que la situación se asemeja a las sentencias declarativas, sin que se pueda predicar una violación al art. III. En todo caso, concluye el juez, la decisión de cuándo se configura la excepción es en buena medida prudencial en lo que respecta al “yet evading review”, pero no a la posibilidad de reiteración⁴².

En nuestro país, encontramos un antecedente de relevancia en la causa “Agustín Vedia”⁴³ (1868), donde el actor, que había sido detenido por el Poder Ejecutivo en uso de las atribuciones del estado de sitio y reclamaba su libertad, fue liberado antes del dictado de la sentencia de primera instancia. Ante ello, el Tribunal confirmó por sus fundamentos la sentencia del juez de primera instancia, el cual había afirmado que “no se puede ocurrir a los tribunales sino demandando protección de un derecho desconocido o herido; pero en circunstancias en que el recurrente se encuentre privado de

⁴¹ “I would leave the mootness doctrine as established by our cases in full force and effect when applied to the earlier stages of a lawsuit, but I believe that, once this Court has undertaken a consideration of a case, an exception to that principle is just as much warranted as where a case is “capable of repetition, yet evading review.”

⁴² “I agree with THE CHIEF JUSTICE to this extent: the “yet evading review” portion of our “capable of repetition, yet evading review” test is prudential; whether or not that criterion is met, a justiciable controversy exists. But the probability of recurrence between the same parties is essential to our jurisdiction as a court, and it is that deficiency which the case before us presents”.

⁴³ Fallos 5:316.

presente o despojado de sus derechos, para evitar ataque actual y cuando éste surte aún sus efectos”, ya que “dicha inconstitucionalidad no puede declararse en abstracto ni por punto general sino en un caso ocurrente...”, por cuanto el Poder Judicial “si bien puede prescindir de aplicar la ley cuando la considera inconstitucional, no puede tomar como punto principal de decisión la declaración de inconstitucionalidad de la misma ley, sino que ésta debe ser la primera que autorice su no aplicabilidad en el caso sometido a su jurisdicción...si el Poder Judicial tuviera facultad para declarar por punto general que una ley o un decreto son inconstitucionales, desaparecería la independencia de los Poderes y tanto el legislativo como el ejecutivo se hallaría bajo la dependencia de aquél, quien podría por este medio trabar la marcha constitucional de otros poderes, y hasta hacerlo imposible o producir un conflicto de poderes que la Constitución ha tenido en vista evitar”.

Las conclusiones de “Agustín Vedia” en 1868 resultan sumamente significativas, en cuanto es posible advertir que preceden en casi un siglo a la Suprema Corte estadounidense respecto de la vinculación entre los casos devenidos abstractos y la exigencia constitucional de la causa o controversia⁴⁴. A partir de allí, nuestra jurisprudencia ha sido mucho más constante en reconocer la raigambre constitucional de los casos devenidos abstractos.

La naturaleza constitucional que nuestra Corte Suprema otorga a la prohibición de dictar sentencias cuando el planteo devino abstracto, se pone de manifiesto en su doctrina, según la cual la subsistencia del gravamen es un requisito esencial para la actuación del poder judicial, constituye una materia de orden público y autoriza a su control de oficio por parte del tribunal⁴⁵.

⁴⁴ No es capricho, entonces, la constante vinculación entre nuestros precedentes y los de la Suprema Corte norteamericana, ya que al margen de que los primeros reiteradamente citen fallos de la segunda, no hay en ello nada de esnobismo, sino, por el contrario, el reconocimiento de compartir un sistema de control de constitucionalidad sustancialmente idéntico y casi sin equivalentes en el derecho comparado.

⁴⁵ “Rodríguez Soca”, Fallos 312:579 (1989).

De todos modos, en nuestro país también han existido críticos de esta regla. Por ejemplo, Bielsa manifestaba que “no es abstracta aquella [cuestión] cuya solución no se ha dado en el momento en que debió darse, o sea la que *no ha sido oportunamente resuelta*. Si así fuese muchas cuestiones se volverían abstractas por la sola demora o inercia de los tribunales o autoridades que deciden en definitiva”⁴⁶.

Otra opinión en un sentido similar la vemos en Nerva, cuando denunciara “el peligro o la incongruencia y solución antijurídica que podría resultar de convertir una cuestión en abstracta por la mera inercia del tribunal, lo que ocurre precisamente en casos... en que se cuestiona la validez de una norma que tendrá vigor un año o dos, o un mes. ¿Le bastará al tribunal dejarla en el casillero dos o tres meses hasta que venza el plazo, para que la cuestión se haga abstracta o inoficiosa?... La pretensión jurídica debe admitirse o desecharse, pero no subordinarla, trabada la litis, a contingencias de esa clase y que dependen a veces de la comodidad o estrategia del tribunal que no quiere ponerse a prueba y espera a que venza el término”⁴⁷.

Volveremos sobre este aspecto al momento de las conclusiones. Pero antes haremos una recorrida por aquellas situaciones que suelen denominarse como “excepciones” a la regla de los casos devenidos abstractos.

⁴⁶ BIELSA, Rafael, *La Protección Constitucional y el Recurso Extraordinario. Jurisdicción de la Corte Suprema*, 2da. ed., Depalma, 1958, p. 214, énfasis en el original. Sin embargo, en el ejemplo que Bielsa da para ejemplificar esta situación (“Manuel Francioni”) es discutible que nos encontremos ante un caso devenido abstracto; ello lo veremos en el próximo capítulo de este trabajo.

⁴⁷ N.L.L. 98:436, citado por VANOSSI, “Jurisdicción...”, cit., p. 147.

4. Posibles excepciones o correcciones a la regla

Como punto de partida habremos de tomar distintos precedentes de la Corte Suprema de la Estados Unidos, en donde se han sistematizado una serie de respuestas frente a situaciones en las cuales la subsistencia o no del caso judicial resulta sumamente problemática. Muchas de estas reglas han sido luego tomadas por la Corte Suprema nacional.

Significativa compensación

Una primera categoría de situaciones está dada por la posibilidad de otorgar algún tipo de compensación al daño ya consumado, compensación que no es equivalente a la pretensión originaria del actor. En tal sentido, afirman Nowak y Rotunda que un caso es abstracto cuando resulta imposible para la justicia otorgar un remedio eficaz, pero, si el tribunal puede conceder algún tipo de compensación o alivio significativo, el caso no es abstracto aún cuando no sea posible regresar a las partes al *status quo* inicial⁴⁸.

Como ejemplo de estas situaciones los autores mencionados citan, entre otros, el caso “Church of Scientology of California”⁴⁹. Aquí a pedido del gobierno federal, un tribunal ordenó a la agrupación religiosa la entrega de cintas de audio que contenían las conversaciones entre las autoridades de la misma y sus abogados.

La actora apeló oportunamente esa decisión, pero su solicitud para suspender la ejecución la orden fue rechazada, por lo que debió entregar copias de las cintas a la autoridad estatal antes de que se resolviera la apelación. Frente a ello, el tribunal de apelaciones desestimó el recurso entendiendo que la causa había devenido abstracta en tanto las cintas ya habían sido entregadas a la autoridad estatal.

⁴⁸ NOWAK, John E. - ROTUNDA, Ronald D., *cit.*, p. 73.

⁴⁹ 506 U.S. 9 (1992).

La Corte Suprema revocó esa sentencia, explicando que aún cuando fuese demasiado tarde para prevenir el acto ya ejecutado, o para proporcionar un recurso satisfactorio frente a la invasión a la privacidad del actor, que se consumó cuando la autoridad estatal obtuvo las cintas reclamadas, la Corte de Apelaciones estaba en condiciones de poner en práctica un remedio parcial a tal situación, ordenando al Gobierno devolver o destruir todas las copias de las cintas que tenga en su poder.

Consecuencias accesorias

Otra excepción está dada por aquellas situaciones en las que si bien el objeto principal de la causa ha perdido actualidad, la sentencia puede tener efectos sobre determinados aspectos secundarios del reclamo judicial.

Ejemplo de estas situaciones es la sentencia dictada en “Powell v. McCormack”⁵⁰, donde el actor, quien había sido electo para integrar la Cámara de Representantes, impugnaba la decisión de ésta de impedirle su ingreso por estar acusado de malversar caudales públicos.

Cuando la Corte estuvo en condiciones de decidir sobre el reclamo de Powell, ya había finalizado el período para el cual éste había sido electo Representante, por lo cual la demandada planteó que el caso se había convertido en abstracto frente a la imposibilidad material de dar cumplimiento a lo reclamado, es decir, la incorporación del actor al Congreso.

Al rechazar la posición de la demandada, la Corte señaló que, “en pocas palabras, una causa es abstracta cuando las cuestiones planteadas ya no persisten ‘con vida’ o las partes carecen de un interés jurídicamente reconocido en el resultado del pleito”. Pero

⁵⁰ 395 U.S. 486 (1969).

“donde una de las distintas controversias presentadas deviene abstracta, las restantes cuestiones que se mantienen vigentes suministran el requisito constitucional de la causa o controversia”.

Tal era el caso de Powell, quien si bien ya no podía ingresar la Cámara de Representantes por el vencimiento del período para el cual había sido electo, la Corte hizo lugar a la demanda explicando que el actor “no ha percibido sus salarios en virtud a una resolución congresal que se alega inconstitucional. Ese reclamo aún permanece sin resolver, y ha sido acaloradamente debatido por partes claramente adversas”⁵¹.

Otro ejemplo lo vemos en “Bank of Marin v. England”⁵². En este caso, uno de los demandados había cancelado las sumas fijadas en una sentencia que había sido recurrida por el restante co-demandado y exigía de éste su contribución proporcional en la condena. Si bien aquí parecería que la decisión judicial carecía de objeto, en cuanto quien había pagado la condena no había recurrido esa sentencia, y toda discusión entre los demandados debería ventilarse luego en el marco del juicio de repetición, el tribunal consideró que ello supondría un innecesario dispendio jurisdiccional.

Así afirmó que para el recurrente todavía existía una materia de debate en cuanto a la responsabilidad achacada en la sentencia impugnada. De lo contrario, señaló el tribunal, “dañaríamos el concepto de causa abstracta si requiriéramos al recurrente comenzar nuevamente toda la discusión cuando la otra parte exige su contribución”.

Tanto en “Powell” como en “Bank of Marin” lo que vemos es una sana voluntad judicial de evitar dilaciones, ya que habiendo

⁵¹ Es interesante ver cómo la mención al “acalorado debate” que realiza la Corte norteamericana pone un límite concreto a la posibilidad de tratar cuestiones colaterales o accesorias. De lo contrario sería posible incurrir en una violación al derecho de defensa de las partes al resolver sobre aspectos que no han sido objeto de una discusión previa entre las mismas.

⁵² 385 US 99 (1966).

ejercido ambas partes su derecho de defensa, la Corte estaba en condiciones de emitir una decisión sobre el fondo de la cuestión, sin obligar a las partes a iniciar y transitar todo un nuevo pleito.

Probabilidad de reiteración eludiendo la revisión judicial (Capable of repetition yet evading review)

Un *leading case* en esta materia está dado por “*Souther Pac. Terminal Co. v. Interstate Commerce Comision*”⁵³ (1911), donde la Corte norteamericana señaló que la regla por la cual los tribunales solo resuelven controversias reales y que corresponde desestimar las causas cuando los acontecimientos posteriores hacen que resulte imposible conceder lo peticionado en la demanda, no es de aplicación cuando se trata de una orden de la autoridad gubernamental demandada por el mero hecho de haber caducado la misma. Ello así en cuanto es muy posible que tales órdenes se repitan, y el breve lapso de vigencia de las mismas no debería obstruir el examen de su validez, ni la determinación de los derechos y facultades del gobierno y de los particulares.

Conviene aclarar que una posibilidad meramente teórica de repetición del acto no sería suficiente para habilitar a los tribunales a resolver sobre la cuestión. Debe existir una razonable expectativa o una probabilidad demostrable de que la misma controversia se repetirá y que, aún así, eludirá el control judicial⁵⁴.

Ejemplo famoso de estas situaciones lo constituye *Roe v. Wade*⁵⁵, 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.

⁵³ 393 U.S. 175.

⁵⁴ NOWAK y ROTUNDA, op. cit., p. 62. Por tal motivo, he escogido hablar de “probabilidad de reiteración”, en lugar de una mera “posibilidad” o “susceptibilidad”, tal como lo indicaría una traducción más literal de la regla (capable of repetition).

⁵⁵ 410 U.S. 113 (1973).

La Corte resolvió la causa tres años luego de iniciada, y para sortear el escollo del *mootness* expresó que siendo el período de gestación tan breve, usualmente el embarazo llegará a su término antes de que hayan concluido los procesos recursivos, y si por la brevedad del embarazo se declarara que la causa es abstracta, se denegaría a la actora el derecho a apelar el fallo adverso.

Agregó también el Tribunal que el embarazo es algo que usualmente sobreviene más de una vez a una misma mujer y a la población en general. Si el hombre habrá de sobrevivir, el embarazo estará siempre con nosotros. Él provee una justificación clásica para no declarar abstracto el planteo. Es, verdaderamente, susceptible de reiteración eludiendo la revisión judicial.

Otros ejemplos los constituyen las cuestiones electorales, donde la Corte ha resuelto distintos planteos aun luego de finalizadas las elecciones que motivaron los mismos.

En “*Moore v. Oglivie*”⁵⁶ los actores, candidatos a electores presidenciales independientes por el Estado de Illinois para las elecciones de 1968, presentaron una demanda contra el rechazo de sus candidaturas por la Junta Electoral de ese Estado⁵⁷.

Si bien las elecciones tuvieron lugar antes de que la Corte resolviera el planteo, la causa no fue considerada abstracta, señalando que la misma “se extiende a las nominaciones para futuras elecciones y refleja una controversia federal continua que requiere una resolución”⁵⁸.

⁵⁶ 394 U.S. 814 (1969).

⁵⁷ La legislación de Illinois preveía que los candidatos debían presentar 2500 firmas avalando su candidatura, y que de las mismas, al menos 200 debían ser de cada uno de los 102 condados del Estado. Los actores habían cumplido con la cantidad de firmas necesarias, pero no habían logrado reunir la cantidad necesaria en 50 condados, y cuestionaban tal exigencia afirmando que la misma se tornaba irrazonable y violaba el principio “un votante, un voto” ya que el 93,4% de los votantes residían en los 49 condados más poblados y tan solo el 6,6% en los restantes 53 condados, entre los que se encontraban los 50 condados donde los actores no habían obtenido las firmas necesarias.

⁵⁸ Sobre el fondo de la cuestión, la Corte hizo lugar a la demanda afirmando que la legislación

Situación similar se planteó en “Dunn v. Blumstein”⁵⁹, donde un ciudadano cuestionaba el requisito de la residencia previa exigida por la legislación de Tennessee para ser considerado elector (1 año en el Estado y 3 meses en el Condado).

Cuando la Corte de Distrito debía resolver, las elecciones ya se habían llevado a cabo y el elector estaba en condiciones de votar en los próximos comicios. No obstante, la Corte de Distrito rechazó la petición del Estado para que se considerase abstracta la causa y declaró inconstitucional la limitación objetada.

La sentencia fue confirmada por la Suprema Corte afirmando que a pesar de que el actor ya podía votar, el problema generado por el requisito de la residencia previa hace que el planteo sea susceptible de reiteración y, aun así, evadir el control judicial. En este caso –continúa la Corte– las leyes cuestionadas permanecen vigentes y el actor se encuentra legitimado para atacarlas como miembro de la clase afectada por ellas⁶⁰. Estas situaciones son denominadas por algunos como “third-party nonmootness”⁶¹.

Similar criterio fue posteriormente expuesto en el año 1992, al resolver sobre el planteo de una agrupación que cuestionaba los

de Illinois contenía una fórmula rígida y arbitraria que al aplicarse por igual a los condados escasamente poblados y a aquellos más populosos, discriminaba a los residentes de éstos últimos en el ejercicio de sus derechos políticos en violación al principio de la igualdad previsto en la Decimocuarta Enmienda.

⁵⁹ 405 U.S. 330 (1972).

⁶⁰ La Corte consideró que el requisito de la residencia constituía una limitación admisible al derecho al voto, pero entendió que en el caso concreto el Estado no había otorgado ningún justificativo válido para el plazo de un año previo a los comicios. En el año 1969 una cuestión muy similar se había presentado respecto de la residencia exigida por la legislación de Colorado. Sin embargo, luego de que el caso se encontraba en la Corte, el requisito de la residencia previa fue reducido de seis a dos meses, ante lo cual la Corte consideró que la causa había devenido abstracta. Para ello entendió que, por un lado, los actores no podían representar a una clase respecto a la cual nunca fueron miembros –residentes con menos de dos meses de antigüedad previa a los comicios–, y que, por otro lado, la posibilidad de que una repetición de similar controversia respecto de la nueva norma resultaba demasiado especulativa como para justificar una decisión del Tribunal. (“Hall v. Beals”, 396 U.S. 45 -1969-).

⁶¹ HALL, Matthew I., op. cit., p. 563.

requisitos exigidos por la legislación de Illinois para la constitución de nuevos partidos políticos⁶².

Otros ejemplos podemos encontrar en “Federal Election Comm’n v. Wisconsin Right to Life”⁶³ y “Davis v. Federal Election Commission”⁶⁴.

En el primero de estos casos se hizo lugar a la demanda de una corporación que deseaba efectuar avisos en radio y televisión dentro de los 30 días previos a la elección primaria de Washington del año 2004, habiendo sido resuelta la causa por la Corte tres años después de esas primarias.

En el segundo de esos se analizó la constitucionalidad de la denominada “enmienda del millonario”, por la cual se permitía incrementar en monto de donaciones para la campaña, a aquél candidato cuyo contrincante financiara la campaña con recursos personales por encima del límite establecido por la regulación; ello, a pesar de que ya habían tenido lugar las elecciones que motivaran el juicio.

En ambas causas, reiterando lo expresado en “Spencer v. Kemna”⁶⁵ se dijo que para la aplicación de la excepción del *capable of repetition, yet evading review* se requiere (1) que la acción impugnada tenga una duración tan breve que impida ser plenamente juzgada antes de que cese, y (2) que haya una razonable expectativa de que el reclamante estará nuevamente afectado por esa misma acción.

⁶² “Norman v. Reid”, 502 U.S. 279. Dijo aquí la Corte que “existen todos los motivos para esperar que las mismas partes generen en el futuro una controversia similar, sujeta a idénticas limitaciones temporales, si dejamos de resolver las cuestiones constitucionales que se plantearon respecto de la elección de 1990”.

⁶³ Argued April 25, 2007--Decided June 25, 2007 No. 06-969.

⁶⁴ No. 07-320. Argued April 22, 2008—Decided June 26, 2008.

⁶⁵ 523 U.S. 1 (1998).

Casos artificialmente devenidos abstractos

También nos encontramos con situaciones en las cuales, aún cuando la conducta de las partes podría haber tornado abstracta la causa, la Corte dictó sentencia considerando que ello podría implicar manipular la jurisdicción del tribunal.

En “United States v. W. T. Grant Co.”⁶⁶, donde la autoridad estatal perseguía a distintas corporaciones por violar normas anti-monopólicas mediante la vinculación de los directores de empresas competidoras, se entendió que la causa no devenía abstracta por la renuncia de éstos a sus cargos, luego de haber obtenido un pronunciamiento favorable en las instancias anteriores.

Dijo allí la Corte que el voluntario cese de la conducta considerada ilegal por la autoridad, no priva al tribunal del poder de analizar y resolver la causa, ya que el demandado puede volver a realizar su antigua práctica, lo que junto con el interés público existente en determinar la legalidad de las prácticas cuestionadas, constituye una circunstancia que milita en contra de considerar abstracta a la controversia. Para conseguir una sentencia de ese tipo, los demandados deberían demostrar que “no hay ninguna expectativa razonable de que el daño se repita”, y a tal fin no alcanza con sus meras afirmaciones de que no volverán a incurrir en las prácticas objetadas.

Tampoco son abstractas las causas en las que los actores cuestionan un determinado acto, y el demandado responde interrumpiendo el mismo, pero incurriendo en un nuevo acto sustancialmente similar al anterior⁶⁷.

Así se resolvió en “General Contractors of America v. Jacksonville”⁶⁸ que no era abstracta la causa en la cual un grupo de particulares cuestionaban una ordenanza municipal, si la ciudad

⁶⁶ 345 U.S. 629 (1953).

⁶⁷ NOWAK – ROTUNDA, p. 61.

⁶⁸ 508 U.S. 656 (1993).

derogó la misma pero la reemplazó por otra que mantenía, aunque en menor medida, los elementos cuestionados en la anterior⁶⁹.

Otra utilización de esta regla podemos encontrarla en “City of Erie v. Pap’s”⁷⁰, caso que se origina como consecuencia de un sumario iniciado por violar disposiciones prohibitivas del nudismo contra la sociedad propietaria de un local comercial en el cual se realizaban espectáculos de danzas eróticas.

La sociedad (Pap’s) cuestionó la normativa que prohibía el nudismo y luego de haber obtenido una sentencia favorable en la Corte de Pennsylvania, cuando la causa se hallaba ante la Suprema Corte a fin de resolver sobre el recurso de las autoridades, comunicó al Tribunal que había cerrado el local y transferido su propiedad, por lo que pidió que el caso se declarase abstracto.

La Corte Suprema rechazó la solicitud, afirmando que el cierre del local no era suficiente para convertir en abstracta la causa, porque la sociedad se encontraba aún inscripta como tal bajo la ley de Pennsylvania y podía decidir nuevamente operar un local de baile nudista en la ciudad de Erie.

En concreto, con cita de “Church of Scientology” se afirmó que la ciudad sufría un daño actual por la imposibilidad de aplicar la ordenanza relativa a la desnudez pública. Ya que si la norma es constitucional, la ciudad podría obligar a su cumplimiento, siendo ésta una significativa compensación que impide convertir en abstracta la causa. Asimismo, se remarcó que la sociedad todavía tenía un interés concreto en el caso en la medida en que podía tener interés en reanudar las actividades cuestionadas, y que también existía un interés del tribunal en prevenir que los litigantes manipulen su jurisdicción para evitar la revisión de una sentencia que les es favorable⁷¹.

⁶⁹ En sentido contrario “Hall v. Beals”.

⁷⁰ 529 U.S. 277 (2000).

⁷¹ La Corte finalmente revocó la sentencia y consideró constitucional la ordenanza que prohibía los bailes nudistas, entendiendo que las limitaciones impuestas por la norma eran mínimas en aras a

5. El tratamiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de la Nación también cuenta con distintas excepciones a la regla de no judiciabilidad de los casos abstractos. En buena medida, podremos ver que aún sin una formulación teórica clara, la Corte argentina ha utilizado argumentos similares a los elaborados en los precedentes norteamericanos.

Bianchi⁷² menciona el caso “Manuel Francioni”⁷³ (1908) como el primer antecedente donde la Corte señala ciertas premisas que luego darán lugar a posteriores correcciones del tribunal a la regla de los casos abstractos. En el mismo, los actores reclamaban judicialmente contra una decisión de la autoridad policial que había alterado el recorrido previsto para una manifestación pública.

Cuando llega el momento de resolver el pleito ya había pasado la fecha para la cual estaba programada la marcha, pero, sin embargo, los actores manifestaron su interés de realizar la misma ni bien fueran judicialmente autorizados.

Allí la Corte Suprema sostuvo que el caso no resultaba abstracto por la circunstancia de que “que la última resolución que motivó este recurso se dictó dos meses después de la fecha que se quería conmemorar, no sólo porque expresamente manifestaron los demandantes que deseaban realizarla inmediatamente de serles concedido lo que solicitaban sino también porque no habiéndose llevado a efecto el acto que se proponían verificar, el fin de la acción es siempre actual y existente y no puede decirse que carece de objeto, como cuando se trata del reclamo por una prisión después de puesto en libertad el reclamante”.

la protección de los intereses protegidos por el Estado y que no afectaba la libertad de expresión, ya que de todas maneras se permitía un amplio margen de posibilidades para transmitir el mensaje de los artistas eróticos.

⁷² BIANCHI, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, 2da. ed., Ábaco, Bs. As., 2002, t. 1, p. 314.

⁷³ Fallos 110:391 (1908).

A pesar de que no existe ni en la jurisprudencia del Tribunal una categorización de las distintas situaciones que podríamos considerar como excepciones o restricciones a la regla de los casos devenidos abstractos, a los efectos de una más clara exposición del tema es posible dividir los casos en dos grandes grupos.

Uno que estará conformado por aquellas situaciones en las cuales el pleito mantiene en concreto un interés actual para las partes, y el restante por aquellas en las cuales hay a una aplicación implícita o explícita de la doctrina norteamericana del *capable of repetiton yet evaiding review*.

5. 1. Existencia de consecuencias accesorias o posibilidad de una significativa compensación

El ejemplo citado *obiter* por la Corte en “Francioni”, y que no era más que una reiteración de lo expresado en “Agustín Vedia”, mereció un *holding* precisamente opuesto en “Mouviel”⁷⁴, donde la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de los edictos de policía por violar el principio de legalidad. Sin embargo, para cuando se dictó sentencia, hacia ya mucho tiempo que había cesado la detención del actor.

Para sortear este escollo, se señala en el dictamen de Sebastián Soler, por entonces Procurador General, que la condena es un acto jurídico que sobrevive a la ejecución de la pena, acarreando una serie de consecuencias (reincidencia o condena de ejecución condicional) que impiden sostener que no haya interés en la decisión⁷⁵.

⁷⁴ Fallos 237:637 (1957).

⁷⁵ Soler también recuerda (y critica con justificada dureza), que antes de “Mouviel” y luego de “Francioni” la Corte consideró abstracto un recurso extraordinario tendiente a determinar el alcance de una ley de amnistía por considerar que el cumplimiento de la pena tornaba irrelevante para el beneficiario la declaración de la causa (Fallos 231:35).

Unos pocos años después, en “Íscaro”⁷⁶, la Corte Suprema declaró abstracto un hábeas corpus presentado por una persona que fuera detenida por el Poder Ejecutivo en virtud a la declaración del estado de sitio y que, al tiempo del dictado de la sentencia, se encontraba fuera del país por haber hecho uso del derecho de opción previsto en el art. 23 de la Constitución Nacional.

En esa oportunidad, sostuvo el Tribunal que estando acreditada la utilización del derecho de opción por parte del actor, “va de suyo que la cuestión planteada se ha convertido en abstracta. Para declararlo así basta comprobar que... no subsiste el arresto que motivó el habeas corpus y que cualquier declaración que el Tribunal pudiera hacer sobre los puntos controvertidos carecería de efectos prácticos”.

En su disidencia, Boffi Boggero consideró que el interés en el pronunciamiento solicitado subsistía, ya que el derecho de opción había sido ejercido entre dos alternativas, el mantenimiento de la detención o la salida del país, “es decir, dos situaciones ajenas a lo que el ‘detenido’ persigue en esta causa: libertad sin límites territoriales, en el caso, libertad dentro del territorio nacional”.

Otro ejemplo de causas que no resultan abstractas por sus consecuencias accesorias podemos encontrarlo en “Barembilit de Lerner c/ Universidad de Buenos Aires”⁷⁷, donde la actora perseguía la invalidación del acto administrativo por el cual se la separara de su cargo de docente en el Colegio Nacional, así como el cobro de las remuneraciones de las que se vio privada a raíz de dicha cesantía.

Las sentencias de primera y segunda instancia rechazaron la demanda sosteniendo la validez del acto administrativo impugnado; y pendiente de resolución ante la Corte Suprema el recurso extraordinario, el Estado reincorporó a la actora al cargo que ocupara

⁷⁶ Fallos 247:469.

⁷⁷ Fallos 291:133.

por considerar que la cesantía “tuvo su origen en su identificación con los intereses nacionales y populares” y “que es imprescindible proceder a reparar dicha injusticia”. Pero mantuvo sus defensas respecto de los reclamos de orden patrimonial.

En tal situación, la Corte señaló que si bien es jurisprudencia reiterada del tribunal la improcedencia de dictar un pronunciamiento respecto de la nulidad o inconstitucionalidad de un acto administrativo cuando las circunstancias sobrevivientes han tornado inoficiosa su intervención, toda vez que la simple declaración de improcedencia del recurso extraordinario dejaría firme el fallo de Cámara en orden a la pretensión patrimonial subsistente, se dispuso dejar sin efecto la sentencia apelada a fin de que el *a quo* resuelva sobre el derecho que pudiera asistirle en este aspecto a la actora.

Vemos que si bien el aspecto principal de la contienda (la reincorporación en el cargo) se había tornado inoficioso, no ocurría lo propio con el reclamo patrimonial anexo, de manera que el caso mantenía una absoluta actualidad en orden a la reparación del perjuicio producido por el acto administrativo cuestionado.

En “Peso”⁷⁸ la Corte evitó declarar abstracta la causa a fin de no dejar firme un pronunciamiento de Cámara contrario al Banco Central. En esta ocasión el actor reclamaba por vía de amparo la inconstitucionalidad de una resolución de la entidad, que dispuso la suspensión del reintegro de depósitos en moneda extranjera por parte de las entidades financieras comprendidas en el régimen de la ley 21.526.

El particular obtuvo sentencia favorable tanto en primera como en segunda instancia, lo que motivó la interposición de recurso extraordinario por parte del Banco Central. Encontrándose la causa a estudio de la Corte Suprema, el demandado informó que había dictado una nueva resolución que autorizaba el retiro de las

⁷⁸ Fallos 307:2061.

sumas retenidas y que ellas se encontraban a disposición del actor en la sucursal bancaria.

Luego de diversos traslados, el Banco Central manifestó que el retiro de las sumas depositadas no se hallaba sujeto a ningún tipo de limitación o exigencia de renuncia a reclamos posteriores por el actor. Y éste, a su vez, sostuvo que la conducta del Banco Central constituía un allanamiento inoportuno, por lo que solicitaba la aplicación de costas.

Ante ello la Corte sostuvo que la demanda deducida carecía de objeto actual, pues había quedado materialmente satisfecha la prestación reclamada por el actor, lo que tornaba inoficioso un pronunciamiento respecto del acierto de la sentencia apelada.

Sin embargo, dejó en claro que no resultaría correcto sostener que la actitud del Banco Central importe un completo allanamiento a la demanda y desistimiento del recurso extraordinario en términos que lleven a dejar firme el pronunciamiento apelado. Y entendió que mediaban en la causa circunstancias que imponían aplicar el criterio con arreglo al cual, aun cuando no exista interés de las partes que sustente la intervención del Tribunal para resolver la cuestión litigiosa, éste conserva la jurisdicción necesaria para evitar que la subsistencia del pronunciamiento apelado cause al recurrente un gravamen no justificado por la manera en que haya quedado limitada la relación procesal.

Afirmó la Corte que si bien con las presentaciones del Banco Central había quedado materialmente satisfecha la prestación reclamada por el actor, ello no equivalía a un total allanamiento de dicho organismo, pues la prestación llevada a cabo por la demandada reconoce sustento en la variación de normas generales acaecida, por haber sido superadas las circunstancias de emergencia que condujeron a la medida cuya inconstitucionalidad declaró el *a quo*, y no es asimilable a un reconocimiento de las razones que dan base a la demanda.

Alertó la Corte que si el pronunciamiento apelado no fuera dejado sin efecto, podría invocarse luego como cosa juzgada acerca de la ilegitimidad del acto administrativo cuestionado en un eventual juicio ordinario posterior por daños y perjuicios, con lo cual se causaría a la demandada un gravamen que no corresponde a los alcances estrictamente atribuibles a los actos procesales cumplidos por ello. Por lo cual, se revocó el pronunciamiento de Cámara, declarando que el litigio se había extinguido en virtud del allanamiento tácito del B.C.R.A, sin que ello importase establecer que existe reconocimiento por parte de éste de las razones que fundan la demanda.

Similar criterio se utilizó años después, entre otros, en “Billordo”⁷⁹, en “Campbell”⁸⁰ y en “Marín”⁸¹.

En “Moliné O’Connor”⁸² la Corte resolvió sobre la constitucionalidad de la decisión del Senado de suspender provisoriamente sin goce de sueldos a ese integrante de la Corte Suprema mientras se sustanciara el juicio político, a pesar de que para cuando el Tribunal dictó sentencia el juicio político había concluido con la destitución del ministro.

⁷⁹ Fallos 315:123. En esta ocasión se declaró abstracta la causa por la renuncia extraprocesal del actor a su pretensión, pero expresamente dejó sin efecto la sentencia que había declarado la inconstitucionalidad de una norma ya que su subsistencia podría generar al recurrente un gravamen injustificado.

⁸⁰ Fallos 327:3655. Aquí se declaró abstracto un amparo por el denominado “corralito”, donde los actores con posterioridad a una sentencia favorable de la Cámara de Apelaciones, habían desafectado la totalidad de sus depósitos para utilizarlos en la compra de vehículos nuevos e inmuebles, de conformidad con lo previsto por el B.C.R.A. En tales condiciones, la Corte declara abstracta la causa pero revoca el decisorio en términos similares a los de “Billordo”.

⁸¹ Fallos 327:4080. Dijo aquí la Corte que aún cuando no exista un interés actual que sustente su intervención para resolver cuestiones litigiosas, ella conserva la jurisdicción necesaria para evitar que la subsistencia del pronunciamiento apelado cause un gravamen no justificado por la manera en que haya quedado limitada la relación procesal. En definitiva, si bien no hay un interés concreto en el pronunciamiento de fondo, sí hay un interés actual en las partes, el que consiste en conjurar el perjuicio que les podría producir la subsistencia del fallo recurrido.

⁸² Fallos 237:2205.

Al dictaminar, el Procurador entendió que el caso había devenido abstracto tras la destitución. Sin embargo, por mayoría, la Corte hizo parcialmente lugar al planteo del actor, revocando la resolución del Senado en lo referente a la privación del sueldo. A fin de rechazar la conclusión del Procurador, los distintos votos del Tribunal recurrieron básicamente a dos argumentos.

Por un lado, en lo que no es más que una aplicación del precedente “Baremlit de Lerner”, se dijo que si bien podría postularse que la cuestión concerniente a la suspensión del ministro de la Corte Suprema carece de objeto actual, al haber sido ulteriormente destituido y rechazarse el recurso extraordinario contra dicha remoción, cabe subrayar la necesidad de que la cuestión sea resuelta mediante pronunciamiento expreso si la resolución impugnada decidió la suspensión del recurrente sin goce de haberes, privación ésta que importa una sanción con entidad suficiente para poner en marcha el control de validez constitucional⁸³.

En otros votos se hizo hincapié en que dada la modalidad con que se produce el desenlace de situaciones como la presente, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a conocimiento del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquellas conllevan, sin haberse tornado abstractas. Es por ese motivo que resultan justiciables “*aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las ya mencionadas*”. Por lo que, con cita del caso “Ríos”⁸⁴ y de diversos fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos⁸⁵, se ingresó al análisis de las cuestiones debatidas.

⁸³ Voto de los conjuces Mitchell y Wayar.

⁸⁴ Fallos 310:819.

⁸⁵ Entre ellos, “Carroll v. President and Commissioners of Princess Anne”, “Moore v. Ogilvie”, “Dunn v. Blumstein”, “Roe v. Wade”, etc.

5.2. Probabilidad de reiteración eludiendo la revisión judicial

La Corte Suprema de Justicia también ha hecho aplicación de la doctrina del *capable of repetition*. En estos casos, la remisión a los precedentes de la jurisprudencia norteamericana es más evidente; como mucho más controversial es considerar a estas situaciones como verdaderos casos judiciales en los cuales sea posible ejercer el control de constitucionalidad.

Un primer antecedente podemos encontrarlo en “Ríos, Antonio”⁸⁶, donde la Corte Suprema, analizando el monopolio legal de los partidos políticos para promover candidaturas, resolvió sobre la impugnación del actor contra la negativa a oficializarlo como candidato a diputado, luego de realizadas las elecciones para las que deseara postularse.

Aquí el tribunal señaló que la realización periódica de elecciones surge de la Constitución y es un evento recurrente, cuya desaparición fáctica no es imaginable mientras se mantenga la vigencia de la Ley Fundamental, por lo que, al no haber sido modificadas en lo sustancial las normas en las que se fundó el rechazo de su candidatura, se mantiene el agravio que afectaba al actor al inicio de la demanda, “lo que actualiza la pretensión del apelante y torna procedente un pronunciamiento del Tribunal sobre el punto”.

Un caso que bien pudo ser incluido dentro de esta categoría es “Bahamondez”⁸⁷, donde una ajustada mayoría de la Corte consideró abstracto el pleito generado por la negativa de un paciente Testigo de Jehová a recibir una transfusión de sangre por haber cesado el cuadro clínico que diera origen al problema⁸⁸.

⁸⁶ Fallos 310:819.

⁸⁷ Fallos 316:479.

⁸⁸ El voto de la mayoría estuvo integrada por Levene, Nazareno y Moliné O'Connor, mientras que los Dres. Barra y Fayt suscribieron un voto concurrente donde, si bien consideraron que el caso era abstracto, *obiter* expresaron claramente que Bahamondez tenía derecho a negarse a recibir la transfusión.

En este caso, los jueces Cavagna Martínez y Boggiano, al igual que Belluscio y Petracchi, resolvieron sobre el fondo de la cuestión expresando que dada la rapidez con que se produce el desenlace de estas situaciones, en la práctica es harto difícil que lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que ellas conllevan sin haberse vuelto abstractas, resultando justiciables aquellos casos susceptibles de repetición pero que escaparían a su revisión por la Corte Suprema debido a la rapidez con que se produce el desenlace de las situaciones que los originan⁸⁹.

Los argumentos de la minoría en “Bahamondez” fueron tomados luego por la mayoría del Tribunal en “B., A. s/ Autorización judicial”⁹⁰ en el cual, para analizar una petición de adelantamiento del parto de un niño con anacefalia, dijo que no obstaba a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar el parto respecto del cual se solicitó la autorización denegada por el tribunal *a quo*, en tanto “dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer

⁸⁹ Los votos en disidencia citan en apoyo de su postura el caso “Ríos” de la propia Corte y un precedente de la Suprema Corte norteamericana (“Carroll v. Princes Anne”, 393 U.S. 175 -1968-) en el que, con cita del ya analizado “Southern Pacific Terminal Co.”, consideró que no era abstracto el planteo de una organización a la cual se le había prohibido por un breve plazo realizar actos públicos que se consideraban racistas y agresivos para la comunidad afro-americana, a pesar de que el plazo de la prohibición había expirado. Como podemos ver, la conclusión a la cual arriba la Corte estadounidense no es distinta a la que arribara la Corte Suprema de la Nación, sesenta años antes, en “Manuel Francioni”. Se trata de otro ejemplo donde se aprecia en qué medida ambos tribunales han guiado sus sentencias por carriles sustancialmente similares.

⁹⁰ Fallos 324:4061 (2001). En el año 1998 una minoría del Tribunal había considerado que no era abstracto el habeas corpus interpuesto a favor de un extranjero, luego de que éste había sido expulsado del país por las autoridades migratorias. La mayoría consideró que la causa había devenido abstracto (“De La Torre”, Fallos 321:3646).

que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas”.

Por el contrario, en “P., F. V.”⁹¹ la misma situación fue considerada abstracta, aunque en este caso la sentencia recurrida había autorizado el adelantamiento del parto de conformidad a lo resuelto anteriormente por la Corte, con lo que esta entendió que no mediaba “un interés concreto y actual que la justifique el pronunciamiento” ni “que en el caso se observen razones de naturaleza excepcional” que justificara en tal caso el dictado de una sentencia sobre el fondo de la contienda. Se trató de una decisión completamente razonable, ya que si el fallo recurrido era concordante con la doctrina de la Corte, carecía interés su análisis concreto.

Un caso sumamente interesante está dado por los fallos “Bussi” (I)⁹² y “Bussi” (II)⁹³. En el primero de ellos la Corte Suprema revocó un fallo de la Cámara Nacional Electoral que había considerado abstracto el planteo de un legislador electo al cual se le había impedido ocupar su banca, por entender que la asunción del suplente importó cristalizar definitivamente la situación que se quería remediar mediante la acción de amparo.

En tal ocasión señaló que si el mandato del recurrente no venció, no puede interpretarse que carezca de interés actual decidir la cuestión, “pues no deben confundirse las dificultades para hacer efectiva la sentencia que en su caso admita la pretensión del actor, con la existencia o inexistencia de interés actual en resolver el pleito”.

Habiendo sido devuelto a segunda instancia, la Cámara dictó una nueva sentencia acogiendo la acción de amparo y ordenó

⁹¹ Fallos 328:339.

⁹² Fallos 326:4468.

⁹³ Fallos 330:3160.

la incorporación del actor al Congreso. Esta decisión fue materia de un nuevo recurso extraordinario y para el momento en que la Corte resolvió sobre el fondo de la cuestión ya había fenecido el mandato del legislador.

Sin embargo la Corte resolvió sobre el fondo de la disputa e hizo lugar al reclamo. Para fundar tal decisión, señaló que a pesar de esa circunstancia “el interés institucional subsiste en dos aspectos. El primero de ellos es el resguardo de la soberanía del pueblo y la expresión de su voluntad, que está claramente comprometida en el caso. El segundo se refiere a la posibilidad de repetición del acto, lo que justifica una decisión esclarecedora”.

El primero de los argumentos utilizados por la Corte en “Bussi (II)” no parece de por sí un motivo suficiente para dictar sentencia, dado que el fallo no tenía ningún efecto para resguardar en el caso concreto la soberanía del pueblo. El Congreso ya había consumado la violación y no existía ninguna pretensión resarcitoria anexa por parte del legislador electo. Tomado asiladamente este argumento, la sentencia no parecía más que una mera opinión declarativa, un dictamen legal sin efecto alguno respecto de los hechos que se llevaban a su conocimiento.

En cambio la presencia del segundo de los argumentos, allí donde existía la seria probabilidad de que situaciones similares se repitan, sí justificaba sobradamente el dictado del fallo⁹⁴. En buena medida, ambos argumentos eran uno solo. Es decir, existía un interés institucional en resguardar la soberanía del pueblo y la expresión de su voluntad sentando un precedente que pusiera coto a futuras conductas como la reprochada por la Corte Suprema.

Este aspecto de “Bussi (II)” ha sido criticado afirmando que en el mismo la Corte “ha fallado sin existir caso contencioso alguno, al menos en el tiempo en que se produjo el pronunciamiento”, advirtiendo que “tal intervención anuncia una nueva forma de ges-

⁹⁴ Al momento del dictar “Bussi”, la Corte había requerido el dictamen de la Procuración General de la Nación en un caso idéntico (“Patti”), el cual fue sentenciado unos meses después.

tión judicial, pretendiendo así ejercer anticipadamente funciones de intérprete jurídico, similares a la de un legislador calificado”⁹⁵.

Respecto de lo primero, concedemos que pueda tratarse de una cuestión discutible, donde ni la existencia ni la inexistencia de una causa o controversia están libres de toda duda. En cambio, de ninguna manera esta decisión de la Corte puede calificarse de novedosa o llevar a la conclusión de que se está ante una nueva forma de gestión judicial. Todo lo contrario. La simple lectura de “Roe v. Wade” en los Estados Unidos, “Ríos”, la minoría en “Bahamondez” o “B., A.” en nuestro país, nos muestran que la discusión precede y excede en mucho al caso concreto de “Bussi (II)”.

Es interesante, en este marco, ver la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en forma reciente, en el caso “**Gerardo Morales**” (2.03.2011), donde en forma unánime, se declaró abstracto el planteo efectuado en contra de la candidatura a diputado del ex presidente Kirchner. En este caso, la impugnación a la candidatura se había efectuado con fundamento en el incumplimiento del requisito de residencia establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, y la sentencia de la Corte Suprema se emitió luego de que el candidato a diputado hubiera resultado electo, aceptados sus diplomas por la Cámara de Diputados, asumido como legislador y, finalmente, se produjese su fallecimiento.

En su voto mayoritario, los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Agibay, consideraron que con el juicio del diploma efectuado por la Cámara de Diputados en los términos del art. 64, a lo que se agrega el reciente fallecimiento del diputado, el caso había devenido abstracto. Los jueces Zaffaroni y Fayt compartieron esa misma posición pero omitiendo efectuar cualquier referencia al fallecimiento del diputado. Petracchi y Maqueda co-

⁹⁵ BIOCIO, Roberto J., “El voto popular y la facultad del Congreso para juzgar el título del candidato electo”, L.L. 2007-E, 27.

incidieron con la solución, aunque señalaron con mayor firmeza, el carácter irrevisable del juicio que cada Cámara realiza en virtud al art. 64 CN.

El fallo es sugestivo y es pasible de dos interpretaciones. Si la Corte Suprema ha considerado abstracto el planteo porque entiende que tras la incorporación de un diputado la justicia ya no puede opinar sobre ese juzgamiento, la realidad es que la Corte Suprema nunca podría dictar una sentencia sobre este tipo de cuestiones, ya que el tiempo que transcurre desde la oficialización de la candidatura hasta la asunción en el cargo, usualmente no permitirían que el tribunal se expida. Digamos que no parece haber dudas de que sería un caso donde la reiteración del hecho escaparía al control judicial (sería “*yet evaiding review*”), al menos al control de la Corte Suprema.

La única grieta a ese razonamiento parece provenir del *in fine* al considerando 4to. voto de Lorenzetti, Highton y Argbay, quienes afirmaron que en el caso “no concurren circunstancias de excepción que justifiquen abordar las cuestiones constitucionales planteadas”; de allí que podría interpretarse que para estos jueces no hay una probabilidad más o menos seria de que la situación se reitere en el futuro, por lo que el caso no podría ser incluido en la excepción. Este razonamiento no tendría, al menos por mi parte, mayores objeciones.

Sin embargo, el voto de Fayt y Zaffaroni omiten esta mención, y lo propio hacen los jueces Petracchi y Maqueda, de modo tal que si se aceptara esta solución, una vez oficializado un candidato por la justicia electoral, la intervención de la Corte Suprema sólo tendría sentido si la Cámara rechazara el juramento del diputado electo, o si éste no asumiera pero quedara en una posición expectante, porque, de lo contrario, una vez tomado el juramento, la cuestión devendría fatalmente abstracta.

6. Algunas conclusiones

De los diversos antecedentes reseñados, es posible ver que, claramente, muchos de los casos mencionados como posibles excepciones a la regla de los casos devenidos abstractos no son, en realidad, una excepción, por cuanto la resolución de la causa mantiene un interés muy concreto, actual y visible para las partes del juicio.

Tal es lo que ocurre en “Baremlit de Lerner” donde la actora, además de la reincorporación solicitaba también el resarcimiento de los salarios caídos durante la cesantía. Es, en buena medida, el mismo caso que “Powell” o “Moliné O’Connor”⁹⁶.

De manera similar, aunque esta vez por un camino inverso, en “Peso” la Corte resuelve sobre el fondo de la cuestión a pesar de que el amparo ya había cumplido su objeto con la restitución de las sumas depositadas. En este caso el proceso de amparo era efectivamente abstracto, pero la controversia sobre la legalidad de las normas vigentes aún estaba presente, ya que el actor manifestaba su voluntad de entablar un litigio por los daños y perjuicios que esas normas le habían generado. Por tal motivo, y a fin de evitar las consecuencias que hubiera supuesto para el Estado la confirmación de la sentencia de Cámara, la Corte, sin llegar a declarar constitucional la normativa, considera que existió una satisfacción de la pretensión del actor, pero se cuida bien de aclarar que ello no implica un reconocimiento sobre la ilegitimidad de las normas cuestionadas.

En estos casos, podemos concluir que no se trata de cuestiones abstractas, por lo que no constituyen ninguna excepción a la regla y, por lo tanto, no deberían generar inconvenientes.

Pero en otras situaciones las partes parecen perder todo interés jurídico actual en la resolución del pleito, y no obstante ello, la

⁹⁶ Fallos 327:2205.

Corte dicta sentencia sobre el fondo de la contienda a fin de aclarar una determinada postura para casos futuros. Claro ejemplo de ello es el caso “Bussi (II)”, donde el actor no reclamaba indemnización alguna ni existía una probabilidad cierta y concreta de reiteración de tales actos en perjuicio del mismo actor. En este caso, el interés que se busca preservar con la sentencia no era estrictamente el de una de las partes en la contienda, sino el resguardar “la soberanía del pueblo y la expresión de su voluntad”, tal como lo afirma el Tribunal.

Y lo propio cabe decir de “B., A.”, donde el parto cuya autorización se requería ya había tenido lugar cuando la Corte dictó sentencia. Sin embargo, del mismo modo que ocurría en “Roe v. Wade”, si la Corte declaraba abstracto el planteo, en los hechos era posible que nunca hubiese podido analizar un caso de esas características antes de que el mismo deviniese abstracto.

Nótese bien la diferencia que existe entre la situación de “Baremblit” o “Peso”, y la existente en “B., A.”, “Bussi” o “Roe v. Wade”. En éstos últimos las partes no tienen ninguna posibilidad de que la sentencia surta efectos concretos sobre algún un interés actual jurídicamente reconocido de sus personas, y sin embargo la Corte echa mano a la defensa de intereses que excedía el marco de la contienda⁹⁷.

En nuestro sistema constitucional esos intereses generales no habilitan al poder judicial a declarar la inconstitucionalidad de norma o acto alguno sin que exista previamente una controversia. De lo contrario, el Poder Judicial podría convertirse efectivamente en un censor constante y oficioso de los actos de los demás poderes. Solución que no se compadece ni con los antecedentes de

⁹⁷ Claro que cualquier persona puede estar interesada en obtener una sentencia favorable aun cuando no pueda obtener lo peticionado en su demanda ni ninguna otra compensación sustitutiva, pero no creo que ese interés humanamente comprensible pueda ser calificado como un interés jurídico que habilite la actuación de los tribunales. La función del poder judicial es resolver controversias, y no emitir opiniones sin otro valor que el histórico.

nuestra Carta Magna ni, mucho menos, con un sistema de control de constitucionalidad difuso, donde todos los integrantes del departamento judicial están habilitados para declarar la inconstitucionalidad de los actos de los restantes poderes.

Pero frente a la trascendencia de la cuestión, a la alta probabilidad de que situaciones similares se repitan en un futuro cercano y la dificultad para que tales situaciones lleguen a conocimiento del máximo tribunal antes de que el conflicto se extinga por su breve duración, la Corte utilizó una controversia fenecida para las partes pero cuya reiteración resultaba más que probable, para indicar que una determinada conducta no resultaba constitucionalmente admisible.

El problema no es menor. Creo que asiste razón a quienes sostienen que si la exigencia de actualidad en el planteo, y la consiguiente imposibilidad de dictar sentencia cuando el caso devino abstracto, es una exigencia constitucional derivada del art. 116 de la Constitución Nacional (art. III de la Constitución de los EEUU), no podría haber excepciones. Si no hay un caso judicial, porque falta alguno de sus elementos, el juez no puede dictar una sentencia.

Frente a ello, parecería generarse el dilema de reconocer que el *capable of repetition* no puede ser admitido en nuestro derecho o, por el contrario, rechazar cualquier pretensión de otorgar jerarquía constitucional a la regla del *mootness*.

Considero, en cambio, que la respuesta brindada por Scalia puede resultar adecuada para evitar ingresar en ese dilema, y permitiría explicar, con cierta solvencia, los distintos pronunciamientos judiciales analizados. La regla del *mootness* tendría jerarquía constitucional, y como el resto de los requisitos del caso judicial, no puede tener excepciones. La doctrina del *capable of repetition yet evading review* no sería una excepción a la regla, sino más bien debería identificarse con una sentencia declarativa, referida a una controversia concreta que probablemente se reitere en el futuro.

Esas conclusiones podrían ser aplicables al estado actual de la doctrina de nuestra Corte Suprema, y podemos decir, que, ciertamente, que casos como “B.,A.” o “Bussi (II)” son, seguramente, las situaciones más extremas o fronterizas entre el caso judicial y el caso devenido abstracto, ya que en ellas, el interés de la parte parece ser sustituido por intereses de terceros que, a primera vista, no tendrían legitimación para intervenir en el caso. Frente a las cuales la prudencia judicial debe ser capaz de mensurar, eligiendo entre su voz y su silencio, cuál es la solución que mejores resultados traerá en términos de vigencia constitucional.

Quizás, como pauta para tener en cuenta, debiera partirse de la premisa de que si existe una probabilidad cierta de que el hecho se repita y que, aún así, el nuevo proceso no llegue a su conocimiento sin haberse tornado abstracto, los tribunales deben asumir una posición sumamente prudente antes considerar que ya no existe un caso judicial. Lo contrario podría significar un aliciente para que las autoridades estatales consideren válido cercenar impunemente derechos constitucionales.

