

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

*EL BIEN COMÚN Y SU DEFENSA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN(\*) (801)*

LUIS MARÍA BOFFI BOGGERO(\*\*) (802)

**SUMARIO**

I. El Bien Común. II. La defensa del Bien Común.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**I. EL BIEN COMÚN**

El tema que voy sintéticamente a desarrollar es de tanta importancia y extensión que necesitaría realmente de un curso, máxime que muy pocas veces ha contado con una explicación sistemática y que las conclusiones aportadas se encuentran muy lejos de la unanimidad y, en ocasiones, hasta de la parcial coincidencia.

Este fundamental principio ha motivado un afloramiento de diversas teorías, sea con respecto al alcance de la sociedad política, fuere con referencia a la familia y otros entes intermedios y, más allá de la dimensión nacional, a esferas que llegan a la humanidad toda(1)(803). El tema se vincula con lo que hemos llamado "ser humanomundo"(2)(804).

En la Constitución Gaudem et Spes, el Concilio Vaticano Segundo definió el Bien Común como "el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección" (Nº 26).

Maritain expresa sobre el importante tema, entre otros conceptos: "En cuanto somos individuos, cada uno de nosotros es un fragmento de una especie, una parte de este universo, un puntito de la inmensa red de fuerzas y de influencias cósmicas, étnicas, históricas, por cuyas leyes está regido, puntito sometido al determinismo del mundo físico. Mas cada uno de nosotros es al mismo tiempo una persona; y en cuanto somos una persona, dejamos de estar sometidos a los astros; cada uno de nosotros subsiste entero por la sustancia misma del alma espiritual, y ésta es en cada uno un principio de unidad creadora, de independencia y de libertad... No existe en mí una realidad que se llama individuo y otra que se llama persona, sino que es un mismo ser, el cual en un sentido es individuo y en otro, persona. Todo yo soy individuo en razón de lo que poseo por la materia y todo entero persona por lo que me viene del espíritu del mismo modo que un cuadro es todo él un complejo fisicoquímico por las materias colorantes que lo componen, y a su vez todo entero es una obra bella merced al arte del pintor." Esta posición de Maritain aparece - así lo han conceptualizado varios pensadores - como dando primacía al bien individual por encima del Bien Común. En cambio, Charles de Koninck ha sido visto por muchos como contraponiéndose totalmente a Maritain desde que habría colocado el Bien Común sobre el bien personal. A este respecto, y con aguda observación, Monseñor Derisi afirma que este autor se refiere "a la supremacía de Dios, bien comunísimo de todo ser, sobre la persona, lo cual no está en discusión. Más aún - continúa -, esta tesis, viene a coincidir sustancialmente y aclarar más la de Maritain ya que, cuando éste sustenta la supremacía de la persona sobre la sociedad, lo hace precisamente en base al Fin o Bien trascendente divino, a que aquélla está esencialmente ordenada - el Bien Común de De Koninck - y que es superior al Bien Común temporal de la Ciudad o Sociedad Política, a él subordinada"(3)(805). En la misma publicación Monseñor Derisi se refiere al Bien Común afirmando que "no

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

es... un determinado bien, sino la creación de aquellas condiciones que permiten a la persona - y a la familia - vivir plenamente su vida propia y espiritual"(4)(806). Y en otra obra expresa conceptos íntimamente vinculados con el tema, como los siguientes: "Las personas y familias, y las sociedades intermedias, no se reúnen naturalmente para constituir la Sociedad Política sólo para amparo de su libertad y de sus derechos, vinculados con sus deberes esenciales, derivados de su Fin Divino, sino también para la consecución del Bien Común... Al Bien Común corresponden todos aquellos bienes necesarios o convenientes para el desarrollo o bienestar de los miembros de la sociedad y que ellos mismos no pueden proporcionárselos. Por ejemplo, los medios de comunicación, correos, caminos seguridad, organización de la justicia, etc."(5)(807); y distingue el "Bien Común" del "Bien Público", que es "propio del Estado en cuanto Gobierno. Así - prosigue - al Bien Común corresponde crear las condiciones para que las personas puedan trabajar, negociar y ganar; pero no para que el Gobierno negocie y gane. Un Estado no es fin de sí mismo, sino que el fin de su establecimiento y organización es el Bien Común de las personas y miembros de la sociedad, familias y sociedades intermedias"(6)(808). Las definiciones de otros numerosos autores - R. P. de Vitoria, Gallegos Rocafull, Naszalyi, R. P. Menvielle, Suzanne Michel, etcétera - se podrían citar todavía, pero no deseo exceder el espacio razonablemente asignado a estos conceptos.

La doctrina del Bien Común es, además, dentro del campo de las disciplinas jurídicas, auténticamente "iusnaturalista". Es en virtud de ello que disiento de la posición asumida por un destacado estudioso cuando dice que "la fórmula «bien común» es una larvada manifestación de iusnaturalismo, fundamento de un poder judicial autoritario, creador e irrespetuoso para los derechos de los súbditos, que viven y obran confiados en que sus deberes y sus derechos están determinados por normas anteriores a sus obras y empresas". Como surge de los párrafos transcritos en su momento, la idea de la Iglesia sobre el Bien Común no es "larvada" sino una nítida y enfática posición de "Derecho Natural", la que puede ser recogida - y a veces ello acontece - en el "Derecho Positivo". Por otra parte ella es inconfundible con la posición de quienes proclaman pero no aplican aquella noble doctrina para separarse de los altos deberes de la judicatura al dictar sentencia, cabiendo añadir que la historia muestra con datos incontestables que en los otros poderes de gobierno, los llamados "políticos", ello se ha dado en escala incomparablemente mayor. Pero sobre ello hemos de insistir en su momento.

## **II. LA DEFENSA DEL BIEN COMÚN**

La función de defender el Bien Común pertenece, aparte la actividad privada, etcétera, al Estado por conducto de todos los órganos de que está investido. Y, dentro de ellos, al Poder Judicial, especialmente a su cabeza: la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como es ella la que garantiza en

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

último término la vigencia de nuestra Ley Fundamental, comencemos exponiendo en qué medida, con variable terminología, pero mediante diáfana identidad conceptual, dicha Ley se halla inspirada en el Bien Común.

Estimamos que ya en el Preámbulo se da ese importante acontecimiento. Recordemos que se destacan a ese respecto "el objeto de afianzar la justicia. . . proveer a la defensa común, promover el bienestar general", así como la invocación "de Dios, fuente de toda razón y justicia". En el artículo 14 bis nos hallamos con esta norma: "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable." El artículo 17 exige la existencia de "utilidad pública" para que un bien sea expropiado. El artículo 67, inciso 16, expresa: "Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración". El inciso 27 menciona la "utilidad nacional". El artículo 86, inciso 12 dice: "grave interés de orden o de progreso." El artículo citado, inciso 17 expresa: "las necesidades de la Nación". Y, así, numerosas normas más. Es decir, que cual una corriente doctrinal básica con exteriorizaciones concretas en variadas normas, el principio del Bien Común es indudable eje de la Constitución Nacional. No mencionamos la clara y categórica defensa de los derechos humanos porque este aspecto importantísimo - no siempre invocado con cristalinos propósitos - será expuesto muy especialmente más adelante.

Ahora bien; para que la Corte Suprema de Justicia de la Nación pueda ejercer la anunciada salvaguarda del Bien Común es necesario que funcione con la notable plenitud que le ha fijado la Constitución Nacional. Véanse, pues, aunque en determinados trazos muy a vuelo, cuáles son esas funciones.

No considero necesario profundizar el tema de la llamada "separación de poderes", o "independencia" de ellos o su "división" o de "funciones" y "órganos" correlativos del Estado. Basta con recordar que, pasando por cima de importantes antecedentes históricos, se atribuye la idea a Carlos de Secondat, Barón de la Bréde et Montesquieu, que viene a conceder al juez una posición tan modesta como la contenida en la frase: "la bouche qui prononce les paroles de la loi", puesto que, si bien fluye de ello un mandato, resulta evidente que el juez no es un mero eco de la ley, un filme, sino una voz plena de expresiones propias, auténtica, serena pero dotada del necesario vigor, con margen de creación que, respetando la sabia sentencia nihil novum sub sole, posee una posibilidad integradora, como veremos, realmente apreciable y dignificante.

Es decisivo, en este orden de ideas, decir que la tantas veces designada como "independencia de poderes", etcétera, se halla dirigida a la pulcra delimitación de competencias u órbitas de actividad autónomas, y de modo alguno se encuentra enderezada con intenciones subalternas al enfrentamiento de los órganos judicial, ejecutivo y legislativo entre sí hasta lograr en casos extremos incluso la atomización del Estado.

Es por ello que los constituyentes establecieron un sistema llamado "checks and balances" - "pesos y contrapesos" - que permite un equilibrio

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

institucional a condición, claro está, de que sus normas sean respetadas absteniéndose de toda exorbitancia. Así - y por conocidos daré sólo algunos ejemplos de los muchos - : las Cámaras que componen el Poder Legislativo se "controlan" recíprocamente (artículos 46, 47, 68 y afines); el Poder Ejecutivo es colegislador (artículos 69, 72); el Poder Legislativo puede separar por juicio político "a los miembros de la Corte Suprema y demás Tribunales inferiores" (artículos 45 y 51), así como, mediando acuerdo del Senado, el Poder Ejecutivo designa a los mencionados jueces (artículo 86, inciso 5°), pero "en ningún caso puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas" (artículo 95); y el Poder Judicial - más propiamente su cabeza - tiene la última palabra sobre la interpretación del ordenamiento jurídico y todos, incluso los otros poderes, deben inclinarse ante esa suprema potestad; etcétera. ¿Se desea un equilibrio mayor? Como puede apreciarse a través de los escuetos ejemplos dados - que los otros no hacen sino confirmar -, cada vez que se halla el predominio de un poder sobre otro u otros, a poco de avanzar en la lectura de los artículos aparecen prevalencias en sentido contrario. Y recogiendo una sabia lección de la historia, que por momentos exhibe la presencia de una lucha entre poderosos intereses, se ha tomado una línea desde antiguo que llega, con las modificaciones del caso, hasta nuestros días. No se quiso que los llamados "poderes políticos" - en lo sucesivo los denominaré así por comodidad expositiva - tuvieran el "control" de la constitucionalidad, ni que lo ejerciesen poderes mixtos, sino que se pensó en el Poder Judicial - principalmente en la cúpula, la Corte Suprema de Justicia de la Nación - como la máxima garantía, tanto en gracia a su imparcialidad político-electoral cuanto a su preparación jurídica y a esa medida, cargada de energía, que fluye del diario "dar a cada uno lo suyo". ¡ El Poder "sin la bolsa ni espada", según conocida sentencia, es la más alta voz jurídica del país! Es por esto que la Constitución establece en el artículo 31 el orden de las relaciones que ha sido llamado "pirámide jurídica" y que comienza diciendo: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación. . ." Es decir, que primero se halla la Ley Fundamental y, por debajo de ella, se sitúan todas las demás normas. Ahora bien; ¿cómo soluciona esa ley básica del Estado argentino la transgresión de tal orden preferencial? Mediante el artículo 100, cuyo texto expresa al comienzo: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución." No obstante la claridad categórica de su texto - que no es una invitación sino un mandato insoslayable del pueblo -, diversas doctrinas no aceptan la expresión todas y, en más o en menos, al cobijo de expresiones distintas y argumentos diferentes, piensan que ciertas "causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución", no obstante su neto carácter jurídico, deben ser resueltas por los poderes políticos. No aprecian, en mi sentir que, cual lo dije, el pueblo confirió un mandato constitucional, no sólo al Poder Judicial

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

sino también a los otros poderes y, más allá, a todos los habitantes - fueren o no electores de los constituyentes -, pero dando a los jueces la exclusiva palabra jurídica final que asegura su debido cumplimiento. En ese mandato asignó a los poderes políticos la función de cristalizar el mensaje popular "del momento" y al Poder Judicial el de hacerlo con el mensaje popular "permanente". Las dos funciones tienen el citado límite, de modo que también la corriente cambiante de opinión inviste al poder político - y esto no se aprecia comúnmente - de otro mandato: el de traducir lo popular, pero dentro de la Constitución. Por ello hemos sostenido que él mejor o atrayente programa político deja de serlo si se aparta de ella; y la sentencia mejor elaborada no tendrá valor si se desvió en la misma forma. ¿Es ello antidemocrático? Charles L. Black contestaría diciendo que la revisión judicial "debe y puede ser justificada... como medio de cumplimiento de la voluntad popular" y mi distinguido amigo Eugene V. Rostow es bien elocuente cuando dedica dos capítulos de un importante libro suyo al título "Carácter democrático de la revisión judicial". Y, así, numerosos autores de prestigio.

He satisfecho la preocupación de clasificar las diversas doctrinas que niegan el poder cogubernamental de los jueces y, naturalmente, disminuyen el área de su competencia. Llevo años respondiendo a esas ideas, por lo que, ante elementales razones de tiempo, sólo me he de referir a dos: la invocación de Lambert y la opinión de Loewenstein. Es dable agregar que cuando esas citas no se hacen, en numerosas oportunidades surge clara sin embargo, la influencia de esas fuentes bibliográficas. Incluso hasta podría computarse a Lincoln, al amparo de cuyo indudable prestigio, que alcanzó la sublimación con su trágica muerte, y del idealismo puesto por muchos en la "guerra de secesión", se ha querido detraer funciones judiciales para dejarlas en manos políticas. Se olvidó entonces por el caso "Dred Scott" - y en varios países se lo hace al considerar que un juez se ha exorbitado - que hay buenos y malos gobernantes judiciales, como los hay, y en mucho mayor grado, malos gobernantes ejecutivos y parlamentarios. La historia lo muestra con elocuencia irrefutable. Además, si en esos casos nadie niega las potestades de los poderes ejecutivos o parlamentarios, ¿por qué cuando se trata del Poder Judicial hasta se habla de su dictadura como la peor de todas? ¡ Sería una asombrosa dictadura "sin bolsa ni espada" que hasta miraría con desdén el "juicio político"!

Pero, limitaré esta parte, como lo dije, a Lambert y Loewenstein.

Lambert, quien tiempo después suavizara su posición, escribió en 1921 el libro "El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los EE.UU. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes". Quien lea la introducción y los 11 capítulos de esa obra podrá apreciar que para Lambert el gobierno de los jueces consiste en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y otras normas, función y potestad que ni discuten quienes en nuestro país, sin embargo, se fundan en este jurista para sostener directamente la "no justiciabilidad" de las llamadas "cuestiones políticas" o, al menos, para rechazar la amplia "justiciabilidad". Se aprecia claramente que ha

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

impresionado más el título que el contenido de la obra. De todos modos, la posición de Lambert es fiel reflejo del clásico sistema europeo, entre otros del francés, pero nunca del argentino.

En cuanto a Loewenstein, he de limitarme a las frases transcritas por el profesor Linares Quintana pues ellas son las que más han influido en el indebido rechazo mayor o menor de la ya referida "justiciabilidad".

El profesor de Massachusetts ha sostenido: "Los detentadores del poder, políticamente responsables, gobierno y parlamento, están expuestos a la tentación de llevar ante el tribunal el conflicto político. Los jueces, de su parte, están obligados a sustituir las decisiones de los responsables detentadores del poder por sus juicios políticos, camuflados en forma de sentencia judicial. Instalar un tribunal como árbitro supremo del proceso del poder, y éste es el núcleo de la judicialización de la política, transformaría, en último término, el sistema gubernamental en un dominio de los jueces o en una judicocracia ... (;) la enseñanza que se puede sacar de los intentos hechos en Weimar y Bonn de judicializar la política, es que este proceso sólo puede tener éxito cuando el conflicto no afecte a un interés vital de los detentadores políticos del poder. Si se otorga el derecho a los tribunales de frustrar una decisión política del gobierno y del parlamento, amenaza el peligro de que, o bien la decisión del tribunal no sea respetada, con perjuicio para el Estado de Derecho, o bien que la decisión política del gobierno sea sustituida por un acto judicial que, aunque revestido jurídico - constitucionalmente, no es en el fondo sino un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esa función. En el conflicto entre la idea del Estado de Derecho y el derecho y el deber del gobierno de gobernar, ambas partes tendrán que salir perjudicadas. Además, ¿qué ocurrirá cuando el conflicto a decidir judicialmente afecte al mismo tribunal? ¿Quién tendrá que decidir entonces? ¿Quis custodiet custodes? Las consecuencias serían serias crisis constitucionales".

Antes de contestar a este pensamiento, e indirectamente a los en él fundados, hago gracia sobre un hecho significativo: el citado autor calificó al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en la causa "Baker v. Carr" como "uno de los acontecimientos más importantes de la moderna historia constitucional americana", y es bien sabido que en ese notable fallo el más Alto Tribunal estadounidense, apartándose de una jurisprudencia que exigía la abstención judicial ante "cuestiones electorales", decidió intervenir adecuando las representaciones al número de votantes. Es decir, que el propio Loewenstein no tuvo entonces el temor, para mí infundado, que mostró en las expresiones antes transcritas. Pero urge volver sobre ellas para contestarlas.

La realidad muestra que la tentación citada por el aludido profesor no se corresponde estrictamente con lo que acaece por lo general. Más bien se aprecia la inclinación contraria, pues los poderes políticos, por los propios intereses que manejan - a veces, sobre todo, el Poder Ejecutivo -, impulsados por una dinámica extrema que lleva sobre la marcha a soluciones drásticas, ayunas de derecho, procuran en muchas oportunidades sustraer la solución de su problema al Poder Judicial, a

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

salvo, naturalmente, cuando la jurisprudencia conocida favoreciera su punto de vista. Pero, aun suponiendo aquella tentación, el fallo será siempre jurídico, decidiéndose sin "juicios políticos... camuflados", como acontece también con el fallo sobre una reivindicación, que nunca es un "juicio económico camuflado" o el que decide una controversia sobre plagio, que no entraña un "juicio literario camuflado". En todos esos ejemplos la solución será siempre jurídica, al margen de que ella versare sobre contenidos que, apreciados desde otros ángulos, son políticos, económicos, literarios...

No es posible pensar en la "judiciocracia" con el sentido que erróneamente se le ha atribuido. Los jueces cogobiernan, como lo hacen los restantes poderes, pero de ningún modo se exceden en su función jurídica, a salvo desviaciones oportunamente mencionadas, siempre considerablemente menores que las exhibidas por los poderes políticos. Afirmar lo contrario es desconocer las ya referidas razones históricas que pusieron en sus manos la palabra final de derecho para gobernantes y gobernados, desechando hacerlo con los poderes que tenían la "bolsa" o la "espada". Parecen pronunciadas hoy mismo las resonantes y ajustadas palabras de Hamilton: "Quienquiera que atentamente considere los diferentes departamentos del poder debe percibir, que... el judicial, dada la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución... El Poder Ejecutivo, no solamente dispensa los honores, sino que sostiene la espada de la comunidad. La Legislatura no solamente controla la bolsa, sino que prescribe las reglas por las cuales los deberes y derechos de cada ciudadano deben ser regulados. El judicial, al contrario, no tiene influencia ni sobre la espada ni sobre la bolsa; no dirige ni la fuerza ni la riqueza de la sociedad". Y, después de insistir en que la libertad no puede temer a la judicatura, aclara que ello acontecerá siempre que el Poder Judicial fuese "verdaderamente distinto del Legislativo y del Ejecutivo", añadiendo aun: "La completa independencia de las Cortes de Justicia es peculiarmente esencial en una Constitución limitada."

Es cierto que algunas sentencias inciden en las soluciones políticas dictadas por los poderes respectivos, y en oportunidades hasta pueden frustrarlas. Pero, como recordamos en su momento, esos actos de los poderes políticos, por buenos y hasta excelentes que apareciesen en sí mismos, dejan de serlo pues se hallan al margen del mandato popular permanente representado por la Constitución Nacional.

El "proceso del poder", como cualquier tramo de conducta humana, se halla regido por la Constitución. La Corte jamás se sustituirá a los poderes políticos en la tarea específica de ellos, sino que les ha de exigir la realización de tal proceso dentro de los límites jurídicos. Y esto ha de acontecer así a despecho de cualquier móvil político que llevasen los litigantes a los estrados judiciales por conducto de una causa. A ese respecto, y como principio tendiente a evitar prejuizgamientos y otros inconvenientes similares, el más Alto Tribunal argentino mantiene el principio de no evacuar consultas ni formular declaraciones abstractas.

Loewenstein menciona lo acontecido en diversas épocas dentro de la hoy

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

República Federal de Alemania. La aseveración de que el "control" judicial "solamente puede tener éxito cuando el conflicto no afecte a un interés vital de los detentadores políticos del poder" no corresponde a un planteamiento teórico sino a uno práctico. Suponiendo que ello aconteciera quien habría decidido no acatar el fallo judicial sería el "poder político", actuando en contra de la Constitución. Negar una potestad porque los encargados de respetar su ejercicio la desobedezcan no puede legítimamente sostenerse. Hay que imponer la idea contraria: que le presten acatamiento. Con el otro criterio, tampoco convendría que se hiciese justicia en causas donde poderosas empresas privadas, superiores muchas veces a la fuerza política de los Estados o influyendo en ella, fuesen los litigantes. Pero, además, me interesa destacar que la impresión sobre la experiencia germana recogida por mí en las visitas oficiales realizadas durante noviembre de 1965 a las cortes con asiento en Karlsruhe: la "Bundesverfassungsgericht" y la "Bundesgerichte", es bien distinta de la mencionada por el profesor Loewenstein, y semejante, en cambio, a muchas otras. Otto Bachof, por ejemplo, considera indispensable "una fuerza que decida, al mismo tiempo, con la mayor autoridad posible si en un conflicto eventual han quedado salvaguardados los valores superiores del derecho y el orden. Esa fuerza, añade, sólo puede ser el Juez ". Y, de idéntico modo, podría abundar en aseveraciones que muestran una armónica coordinación en favor de la tesis que defiendo.

Con los conceptos anteriores quedan también contestadas las conclusiones acerca de que "la idea del Estado de Derecho" y "el derecho y el deber del gobierno a gobernar. .. tendrán que salir perjudicados". Y, con referencia al caso en que "el conflicto a decidir judicialmente afecte al mismo tribunal" y la consiguiente pregunta, ofrecida con una cuota de ironía que no palidece ni ante la cita en latín, de quién decidirá entonces, tanto como las aseveraciones de que sobrevendrían "serias crisis constitucionales", la respuesta debe ser invariable: deberá decidir, siempre jurídicamente, el Poder Judicial, y así lo ha de hacer con serenidad y firmeza. Si se desviase de esa función, sea por acciones u omisiones de mal cogobernante, caería en gran desprestigio y podrían ponerse en movimiento los respectivos resortes constitucionales. Las "serias crisis" a que alude Lowenstein, cabe recordarle, sobrevienen por la transgresión de las normas y nunca por un ajustamiento a ellas.

Entre los variados antecedentes que he citado en otras oportunidades, mencionaré hoy dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: las del 31 de octubre de 1884 y 26 de agosto de 1925. Por razones de espacio, solamente recordaré la última.

Don Lorenzo Mango había demandado por desalojo a don Ernesto Traba. Como se recuerda, en setiembre de 1919 el Poder Legislativo, ante el pavoroso problema de escasez de viviendas y fenómenos conexos, sancionó las llamadas "leyes de emergencia". Por conocido, no es necesario recordar el fallo que, el 28 de abril de 1922, firmaron los jueces de aquella integración: doctores Palacio, Figueroa Alcorta y Méndez, con la disidencia del doctor Antonio Bermejo. La mayoría, para decirlo

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

sintéticamente, fundó su fallo en la emergencia. Pero en 1926, los jueces Bermejo, Figueroa Alcorta, Méndez, Repetto y Laurencena dijeron concretamente: "Que este régimen de emergencia, que afecta fundamentalmente el derecho de usar y disponer de la propiedad, ha sido tolerado por las decisiones judiciales solamente en consideración al momento de extrema opresión económica de los inquilinos debido a la ausencia de uno de los factores que regulan los precios en los negocios de locación de inmuebles, es decir, la falta de oferta y de habitaciones, y sobre todo como una medida transitoria y de corta duración... Pero ese régimen anormal no puede encontrar suficiente justificativo cuando se lo convierte de hecho en una norma habitual de las relaciones entre los locadores y locatarios... y mucho menos cuando está destinado a actuar en un ambiente muy distinto, por cierto, de aquel que dio lugar a la sanción originaria de esas leyes." En otras palabras - deseo puntualizar - el más Alto Tribunal - otra vez, lamentablemente, sin hacer teoría de la "justiciabilidad" amplia de las llamadas "cuestiones políticas" que traducía en el fallo - expresaba con razón al Poder Legislativo: para usted sigue la emergencia, para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyo criterio prevalece, no continúa.

Estimo ahora que cabe recordar un elemento ínsito del tema bajo examen: el de la razonabilidad, término que prefiero al de "desviación de poder". Por motivos que ya reiteré, no he de penetrar el tópico in extenso, sino que me he de circunscribir a una explicación somera del deber de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de revisar si una potestad ha sido ejercida por los poderes de Estado en forma razonable.

A ese fin, conviene recordar algunas de las clasificaciones formuladas acerca de la razonabilidad. Se han mencionado, por ejemplo, partiendo del principio según el cual los actos de los poderes gubernamentales (Judicial, Ejecutivo, Legislativo) deben ser razonables porque, de acontecer lo contrario, serían inconstitucionales, se han mencionado - decía - un "debido proceso legal adjetivo" (que exige respeto por los procedimientos establecidos en la propia Constitución), un "debido proceso legal sustantivo" (cuya exigencia, en cambio, es de compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución en cuanto al sentido de justicia que la Ley Fundamental impone). Con esta base, la razonabilidad puede ser "interna" o "externa", según que ella se dé en el interior de la "ley" o entre ésta y la Constitución. La razonabilidad interna, a su vez, puede apreciarse como una "técnica" o "técnico - social", o sea adecuación de medios y fines por parte del legislador; u otra "jurídica", es decir, la justicia de la medida tomada con base en la aludida adecuación. La razonabilidad externa se traduce en una "de ponderación" (congruencia entre prestación y sanción), "de selección" (principio de igualdad) y "de fines" (congruencia entre los fines de ley y los de la Constitución).

De ese complejo engranaje he de tomar sólo una pieza para ejemplificar. A los efectos de que el déficit presupuestario sea menor - algo tan necesario en nuestro país - se congelan los haberes de un sector de la Administración Pública y no se lo hace con otro sector similar. Es evidente que la "razonabilidad técnica" o "técnico - social" se ha respetado porque entre la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

medida y el fin perseguido hay una perfecta congruencia. Se ha conseguido aligerar el presupuesto. Pero, ¿hay también "razonabilidad jurídica" o "de justicia"? No, porque el punto de vista técnico ha incluido en el congelamiento de los haberes a una categoría de agentes excluyendo a otros similares, con lo que éstos disfrutaban de un privilegio injusto. La posición axiológica a que hice referencia se vincula con el valor metafísico y absoluto "justicia", invariable a despecho de las contingencias de tiempo y lugar y, a ese valor metafísico, con el positivo, cambiante a compás de esos factores.

Considerada genéricamente, la razonabilidad penetra las áreas más dispares de tipo político, económico, social, cultural, etcétera, manejando incluso estadísticas y otros medios idóneos. Bastaría recordar el notable informe de Louis D. Brandeis, con 300 páginas dedicadas a los citados elementos y solamente 3 invertidas en el aspecto estrictamente legal, durante la causa "Muller v. Oregón". Con ello se confirma cuanto expresé.

La razonabilidad exigida por la Constitución surge muchas veces de modo expreso, a través de requisitos para el ejercicio de una potestad, y en numerosas otras sólo fluye implícitamente. Acontece lo primero, verbigracia, con las exigencias del artículo 6º para que proceda la intervención federal a las Provincias, las del artículo 23 para declarar el estado de sitio, las del artículo 16 para expropiar, etcétera. Ocurre lo segundo cuando, en ejercicio de las que se han llamado "potestades no regladas", el órgano actúa sin razonabilidad, pero puede darse también cuando se exijan expresamente ciertos requisitos sin mención alguna sobre otros que se hallan implícitos. Así, ¿se admitiría la designación de un juez de la Corte Suprema que hubiere reunido los requisitos del artículo 97 de la Constitución Nacional, pero que, sin embargo, fuese un conocido estafador? Perdónese la contundencia del ejemplo, pero a veces ella ayuda a resaltar la fuerza de una idea.

Cabe precisar, además, que la reglamentación de la potestad puede hallarse o no en contra de la Constitución.

Es de suma importancia cuanto antecede, porque ello se vincula con la cuota de arbitrio inseparable de las funciones judiciales, ejecutivas y legislativas. Siempre se crea algo en cada una de ellas porque la norma de superior rango deja inevitablemente un margen al órgano que la ha de aplicar. Por ello se le puede denominar "necesario". En el "contingente" se da el fenómeno que sigue: la norma de superior rango autoriza a decidir al órgano de aplicación con una mayor amplitud. Así, el juez puede determinar entre un máximo y un mínimo, como acontece en la pena aplicable al delincuente; o decidir de acuerdo con su "prudencia" lo que fuere "necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto" mediante homicidio.

Observando la gradación normativa, se aprecia un arbitrio mayor en el Congreso, pues éste no ha de transgredir los anchos márgenes de la Constitución; es menor el del Poder Ejecutivo, que no ha de violar las leyes sancionadas conforme a la Constitución y, a través de ello, no ha de transgredir la Constitución misma; y es menor aún en el Poder Judicial, que

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

debe actuar dentro de los márgenes de la Constitución y también de las leyes y los decretos ajustados a ella. Pero he aquí - y esto es de suma importancia - que en su máxima función de vigía de la ley de las leyes, el Poder Judicial hace vivir a los otros Poderes cada uno de los valores - en el caso que examinamos, el Bien Común - que aquélla sustenta mediante fórmulas amplias, que permiten con más facilidad la adaptación de éstas a los sucesivos problemas políticos, económicos, sociales, culturales traídos por los cambios, a veces vertiginosos, que se observan en esta época de transición.

Sabido es, de otra parte, que se ha presentado en la evolución histórica algo así como un antagonismo entre los valores "seguridad" y "justicia", "derecho estricto", generalmente escrito, y "Derecho Natural". El tema no puede profundizarse por razones de tiempo, pero sí es posible transmitir algunos breves trazos.

Los valores jurídico - positivos son más que los ya mencionados, pues también cabe computar a la solidaridad, la cooperación, la paz, etcétera. Asimismo, cada uno de ellos se encuentra axiológicamente ubicado en dirección a la justicia, de modo que en alguna medida la vivencia de cualquiera ya está realizando en su medida correspondiente este valor máximo. Pienso, además, que cuanto se ha querido significar con el enfrentamiento entre los valores "seguridad" y "justicia", más espectacular que totalmente válido, es que quienes ponen su acento en la "seguridad" tienden a impedir las arbitrariedades a que conduce el llamado "derecho libre" con la consecuencia de sorpresas para el inadvertido titular de derechos y obligaciones, y quienes lo hacen con el valor "justicia" se proponen resolver las desigualdades y otros defectos de un sistema que, sobre todo si es escrito, se halla en retardo o es injusto desde el instante mismo de su vigencia. ¿Cómo, entonces, armonizarlos? Uno de los intentos, imperfectos cual toda obra humana, pero muy importante, es precisamente el reconocer sin cortapisas y con la máxima amplitud el derecho y el deber correlativo de los jueces que conducen a declarar inconstitucionalidades. Han contribuido a ello lo que aconteció en las colonias inglesas dentro de lo que hoy son los Estados Unidos, de un lado, y, de modo mucho más amplio y profundo, la idea vigorosa de que el Derecho Natural y sus grandes principios estaban por encima del Derecho Positivo.

En Inglaterra las corporaciones públicas y privadas debían ajustarse a su propia Carta o Constitución o Estatuto, de modo que cualquier acto realizado con exceso o exorbitancia era dejado sin efecto. Las mencionadas colonias inglesas ofrecían variados ejemplos de un sistema semejante, por lo que sus conductas debían ajustarse al superior ordenamiento de la aludida Inglaterra, que así controlaba la supremacía por medio del Consejo Privado de la Corona. Esa idea de la ley con rango superior se siguió viviendo después de la Independencia, sólo que, en lugar de las leyes inglesas, se colocaron las constituciones de los respectivos estados, cuya primacía fue reconocida por las cortes supremas locales. De ahí que hasta 1803, cuando Marshall lleva la voz de la Corte Federal en la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

causa "Marbury v. Madison", haya solamente un paso. Esta Corte, consciente en materia de inconstitucionalidades que tenía un gran poder, mostró la equivocada pero digna posición de su primer Presidente, John Jay, cuando dijo estas palabras (que Fellow coloca en sus labios): "Dejé el Tribunal por estar perfectamente convencido de que, con un sistema tan defectuoso, no se lograría el vigor, el peso y la dignidad que le eran esenciales para prestar el debido apoyo al Gobierno Federal, ni adquirir la confianza y el respeto público que le correspondían como remate de la Administración de Justicia de la Nación."

Pero, como dije, mucho más importante es la primacía del "Derecho Natural" sobre el "Positivo", con la permanente prevalencia de los derechos esenciales del ser humano, debiendo recordarse al efecto que las Constituciones escritas los han ido incorporando y les han dotado de garantías jurídico - positivas.

Aún así, siempre se contaba con el escollo de la posición europea generalizada sobre el tema. El Juez debía partir de la constitucionalidad de cualquier norma, aun cuando le constare que ésta era abiertamente adversa a la Ley Suprema. El se limitaba a interpretar la norma - o la conducta con base en esa norma -, usando algo así como una presunción *juris et de jure*. Pero las verdades se imponen, aunque a veces lo hagan con lentitud. Así, en 1920, y a compás fundamentalmente del pensamiento de Hans Kelsen y otros, Austria va más allá del sistema norteamericano. Instituye una Corte Constitucional, que fue creciendo en eficacia con las modificaciones de la "Novelle" en 1929, experimentó el eclipse de la dominación extranjera y luego el resurgimiento, con pequeñas variantes, terminada la Segunda Guerra Mundial. Principalmente, y para no penetrar detalles, diremos que instaló un órgano judicial con potestad para declarar inconstitucionalidades, pero, a diferencia del sistema norteamericano y del que ostentan los países que siguen sus aguas, tal declaración operaba cual una especie de ley derogatoria porque tenía alcance *erga omnes*, era constitutiva, *ex nunc* - es decir, de consecuencias hacia el devenir -, etcétera.

El ejemplo se fue extendiendo. La España republicana en 1931, y, después de la aludida guerra, Italia, Alemania Federal, Chipre, Turquía, Yugoslavia, Portugal, la España de estos días, en alguna medida Japón, etcétera. Puede añadirse una fuerte tendencia en Nueva Zelandia, Canadá, Australia, etcétera. ¿Y qué decir del orden internacional y hasta del mundo, al que tantas veces me he referido y que merece una disertación por aparte?

Con todo, queda un número de países que siguen el sistema europeo clásico. A ellos deberá recordárseles que, así como parando un reloj no se consigue detener el tiempo, tampoco es posible paralizar la marcha hacia la vigencia de la muy amplia "justiciabilidad". Dos de las más gravitantes naciones partidarias del aludido sistema clásico lo han demostrado: Francia y el Reino Unido.

Francia ha instituido el "Consejo Constitucional", organismo compuesto por tres miembros vitalicios - los ex presidentes de la República - y nueve miembros elegidos en número de tres por el Presidente actual de Francia y en idéntica proporción por los presidentes de la Asamblea General y del

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Senado. Entre sus facultades me interesa destacar que este Consejo - cuyo contenido político es evidente, a despecho de cuanto afirmaron Duverger y Hauriou -, ejerce un "control" preventivo de constitucionalidad sobre las "leyes orgánicas" no promulgadas y acerca de los reglamentos de las asambleas parlamentarias. Ese "control" funciona, como dije, antes de la vigencia de las normas respectivas. Las otras leyes podrán ser remitidas con la misma finalidad por el Presidente de la República, el Primer Ministro y el Presidente de una u otra Asamblea. Este sistema, cual se ve, constituye un débil paliativo al rigor del viejo sistema francés o europeo. Pero la idea de que la Justicia debe ser la encargada del mencionado "control" va ganando nuevos adeptos. Así, el Consejo de Estado inicia una reacción, aun cuando todavía no decisiva, al finalizar el régimen de Petain. Con fecha 26 de junio de 1959 resuelve la causa "Syndicat Général des Ingénieurs - Conseils", arrogándose la potestad de comparar los reglamentos del Poder Ejecutivo, incluso los de sabor legal más constatable, con los principios generales y la propia Constitución. Es decir, que la competencia ejecutiva, tan fuerte por exigencias de De Gaulle, se hallaba ahora sometida al "control" del Consejo de Estado. Aunque éste haya sido discutido como órgano Judicial, se trataba de un paso muy importante. Pero la saludable innovación no quedó ahí. El ya citado Consejo Constitucional dicta una sentencia el 16 de julio de 1971 sobre libertad de asociación - aplaudida por Duverger -, reconociendo su potestad de "control" sobre las leyes a fin de decidir si son o no adversas a la Constitución o a los principios generales de carácter constitucional. Es cierto que el 16 de enero del año 1982 el aludido Consejo se pronunció en materia de nacionalizaciones de manera tal que dejó indefenso al derecho de propiedad y despertando así justificadas críticas, pero, ello sin embargo, la senda adecuada ya se había emprendido y así lo resuelve la Corte de Casación, adversa tradicionalmente a la declaración de inconstitucionalidades. En efecto, por medio de la "Cámara Mixta" y en sesión solemne, resuelve el caso "Administration des Douanes vs. Société Cafés Jacques Vabre" con fecha 24 de mayo de 1975. El Procurador General A. Touffait sometió al alto cuerpo cuestiones de suma importancia. Se trataba de saber, en efecto, si era procedente declarar que no podían aplicarse las leyes francesas contrarias a los tratados de las Comunidades Europeas, dado que el artículo 55 de la Constitución otorga a dichos instrumentos internacionales una jerarquía superior a las mencionadas leyes. De modo elusivo, la Corte de Casación manifestó que no "controlaba" la constitucionalidad de las leyes sino que se circunscribía a interpretarlas. ¡Es realmente notable, más allá de un impropio juego de palabras en asuntos de tanta trascendencia, que el mismo argumento fue el utilizado por Marshall en el recordado fallo de 1803!

Sabido es también que el Reino Unido se ha caracterizado, desoyendo notables antecedentes vernáculos, por desconocer también la potestad judicial de declarar inconstitucionalidades. Pero ya se observa una firme tendencia a reaccionar contra el sistema europeo clásico la que puede en buena medida vincularse con la Declaración Europea de los Derechos

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Humanos sancionada en 1950, y los procedimientos judiciales y "cuasijudiciales" elaborados en Estrasburgo. Nombres de juristas británicos pueden ser citados al respecto: Lord Tom Denning, Lord Wilberforce, Lord Haishman, Lord Scarman, etcétera. Por razones de brevedad y a mérito de su jerarquía intelectual - lo que digo sin mengua para los otros hombres de derecho -, voy a referirme sólo a Lord Denning, con quien, lo mismo que con Lord Wilberforce y otros juristas británicos, guardo una antigua amistad. Últimamente el prestigioso Master of the Rolls - hoy lamentablemente retirado - ha escrito dos importantes libros. Uno se intitula "The discipline of Law" y fue publicado en 1979; el otro lleva por título "The due process of Law" y vio la luz al año siguiente. En el primero de ellos dice, entre otros interesantísimos conceptos: "...me parece que la Corte puede interferir en la decisión del Ministro si él ha actuado sin prueba; o si él ha llegado a una conclusión a la que con base en la prueba él no pudo razonablemente llegar; o si él ha dado una equivocada interpretación de las palabras del estatuto; o si él ha tomado en consideración materias que no debía haber tomado en cuenta o viceversa; o ha de otro modo actuado erróneamente en derecho. Es idéntica a la posición de la Corte - prosigue - cuando tiene poder para interferir con las decisiones de un tribunal inferior que ha errado desde el punto de vista de la ley". Y, más adelante, insiste: "...cuando la Ley confirió poderes al Ministro o a otra autoridad, lo hizo en la creencia - y con la condición - de que el Ministro las ejercería de acuerdo con la ley, y las ejercería de acuerdo con los requerimientos de la justicia natural. Si el Ministro rompió esa condición - actuando legalmente mal, o haciéndolo mediante consideraciones irrelevantes, o haciendo algo contrario a la justicia natural -, entonces él está actuando fuera de los poderes". Y en el punto VI del prefacio del otro libro exalta la función judicial diciendo: "Los jueces tienen mejor vista y más larga que aquellos organismos; especialmente en el trabajo práctico del derecho y en salvaguarda de la libertad individual."

No podrá verse posición más clara en favor de la función judicial declarando inconstitucionalidades.

Todos debemos tener conciencia clara de que el mundo atraviesa un momento de transición que ha cobrado agudeza con las dos llamadas "guerras mundiales" y las sensibles secuencias que dejaron a la humanidad, entre otras las perspectivas sombrías que se ciernen sobre la paz justa, uno de cuyos elementos esenciales es el Bien Común. Después de varios períodos donde concepciones materialistas han conseguido oscurecer en gran medida el horizonte, hay sin embargo una resurgida adhesión, a veces menos perceptible, en ocasiones más palpable, a los valores morales, aquellos que tienen una vida eterna y se hallan, entonces, por cima de los cambios que el legislador humano va introduciendo paulatinamente y a veces de manera precipitada.

¿Cuáles son las causas? Muy numerosas, al punto de que es imposible detallarlas. Ante todo, el desgarramiento de las citadas conflagraciones y la pérdida paralela de confianza popular en los parlamentos y poderes ejecutivos - con sus organismos diversos - como medio de evitar el auge de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

titulares de esos poderes que transgreden los derechos fundamentales del ser humano. Los cambios políticos, económicos, sociales, culturales aludidos en párrafos anteriores han precipitado la formación de nuevos derechos que, si bien derivan de los tradicionales, aparecen de modo tal que exigen una gran penetración para detectarlos y un gran sentido de justicia para dotarles de las indispensables garantías. Este fenómeno se observa en los llamados "derechos sociales". Las mayorías momentáneas de opinión, que en varios sistemas son intérpretes finales de la Ley máxima, no constituyen entonces garantías bastantes y permanentes. El afán de imponer sus programas políticos - con la ayuda de grupos de presión o sin ella - llega hasta subestimar el derecho de quienes no piensan del mismo modo y por esa vía - lo hemos visto muchas veces - se penetra fácilmente al recinto del despotismo. El órgano judicial, por las razones a que hice referencia, es el remedio más indicado, ya usando el arbitrio de menor latitud o de máxima extensión, para definir cuáles son esos derechos del ser humano a través de las cláusulas constitucionales y de los altos valores que ellas traducen, así como para entregar a sus titulares la debida protección. Con funciones crecientes, que exigen por de pronto el abandono de la llamada "no justiciabilidad", el Poder Judicial, fundamentalmente la Corte Suprema de Justicia, ampliará su radio de acción, mostrando una vez más que es la fortaleza de los derechos de la persona humana y de la armonía colectiva garantizados por el noble principio del Bien Común. La reacción favorable de países tradicionalmente adversos a la intervención judicial en materia de declaración de inconstitucionalidades es un hecho que permite avanzar con optimismo.

Voy a finalizar reiterando una vez más lo que dije el 20 de marzo de 1978: "...recordad que la Judicatura es en cualquier momento y lugar la esperanza y el cobijo de toda persona herida en su derecho - a veces por burla de sus representantes "políticos" -, pues ella sabe que no hay democracia sin ley y que no puede haber ley sin jueces independientes como poder de Estado. "A través de su extendida historia el Poder Judicial exhibe héroes y hasta mártires. Dios quiera que su ejemplo ilumine a quienes desean preservar y acrecer una de las más altas dignidades de la criatura humana..."