



La interpretación de la Constitución en sede administrativa

The interpretation of the Constitution in the administrative field

AFONSO BUTELER*

Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)
alfonsobuteler@hotmail.com

Recibido/Received: 30.05.2015 / May 30th, 2015
Aprovado/Approved: 28.06.2015 / June 28th, 2015

Resumen

En el presente trabajo nos proponemos distinguir entre cuatro figuras jurídicas, cuyo tratamiento suele ser englobado dentro de la temática referida a la posición de la administración pública ante la ley inconstitucional. Lo que pretendemos poner de resalto es que no siempre que la administración pública deba valorar el alcance o sentido de la Ley Fundamental estaremos frente a un problema de control de constitucionalidad, sino que se presentan diversas variantes y problemas que trataremos de explicitar. Es que en nuestra opinión -y ello constituye el nudo gordiano de esta investigación- debe distinguirse entre las siguientes cuatro atribuciones de la administración pública: a) la declaración de inconstitucionalidad; b) la interpretación constitucional; c) la inaplicación de normas generales y d) objeción de inconstitucionalidad.

Palabras-clave: ley inconstitucional; control de constitucionalidad; administración pública; interpretación constitucional; objeción de inconstitucionalidad

Abstract

In this paper we intend to distinguish among four legal figures, which are generally treated as part of the theme concerning the position of the public administration before the unconstitutional law. What we attempt to highlight is that not all the cases requiring an analysis of the constitutional meaning by public administration involve the problem of constitutionality control, because those situations present different variants and problems that we will try to explain. In our view – and this is the Gordian knot of this research – it is necessary to distinguish between the following four functions of public administration: a) declaration of unconstitutionality; b) constitutional interpretation; c) refusal of application of general standards and d) objection of unconstitutionality.

Keywords: unconstitutional law; control of constitutionality; public administration; constitutional interpretation; objection of unconstitutionality

Como citar esse artigo/How to cite this article: BUTELER, Alfonso. La interpretación de la Constitución en sede administrativa. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 169-182, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44533>

* Docente de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Córdoba, Argentina) y de la Universidad Empresarial Siglo 21 (Córdoba, Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Córdoba. Abogado.

SUMARIO

1. La declaración de inconstitucionalidad por la Administración Pública; **2.** La interpretación de la Constitución en sede administrativa; **3.** Inaplicación de leyes por la Administración Pública; **4.** Objeción de inconstitucionalidad; **5.** Conclusiones; **6.** Referencias.

1. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

a) Introducción: En este supuesto se plantea la siguiente situación: la administración pública debe dictar un acto administrativo y existe una ley que se considera inconstitucional. Es ahí, justamente, cuando aparece el interrogante acerca de cuál es la atribución o deber que pesa sobre la administración pública. Existen dos posibilidades: el dictado de un acto administrativo en conformidad con lo que prescribe la ley, es decir, un acto administrativo ilegítimo, o la declaración de inconstitucionalidad de la misma y el dictado del acto administrativo desobedeciendo su contenido pero adecuado al marco de la Ley Fundamental.

Ello implica, entonces, que en el supuesto de declaración de inconstitucionalidad de leyes por la administración pública estamos frente a un conflicto entre dos normas: una constitucional y otra legal.

Sin dudas que se trata de un problema complejo y que ha motivado, como veremos, distintas opiniones de los diversos operadores jurídicos. Incrementa la dificultad para darle una respuesta a ese asunto la circunstancia de que la Constitución Nacional no regula de manera expresa el sistema de control de constitucionalidad en la órbita federal sino que éste ha sido el producto de una creación pretoriana de la Corte Suprema Nacional a partir de los casos "Sojo" (1887)¹ y "Municipalidad c. Elortondo"² (1888) tomando como base a su par de los Estados Unidos de América³. Sobre este punto, cabe hacer la salvedad que recién a partir de 1994 la Carta Magna aborda este aspecto expresamente ya que el nuevo artículo 43 autoriza a los jueces a declarar la inconstitucionalidad dentro del cauce del amparo.

No puede pasarse por alto, tampoco, que la respuesta que le demos a ese interrogante tiene directa influencia sobre dos cuestiones basales del derecho administrativo: el procedimiento y el proceso. Es que si sostenemos la postura de que la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las normas es exclusiva del Poder Judicial, cuando se suscite un planteo de inconstitucionalidad en sede administrativa no podrá exigirse el agotamiento de la vía a través de los recursos, ni reclamos administrativos

¹ Fallos, 32:120.

² Fallos, 33:162.

³ Vid. Caso *Madbury vs. Madison* (1803) en MILLER, Jonathan; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana. **Constitución y Poder Político**. Astrea: Buenos Aires, 1987. p. 3 y ss.

previos quedando expedita la vía judicial ya sea por vía contencioso administrativa o través de la acción de amparo, según corresponda.

Esta cuestión que apuntamos, fue abordada expresamente por la Cámara en lo Contencioso administrativo federal al señalar que “no parece en modo alguno razonable pretender que se cuestione la constitucionalidad del acto en sede administrativa, toda vez que no puede considerarse del resorte del poder administrador declarar la inconstitucionalidad de las leyes, porque ello importaría desconocer que el Poder Judicial es en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo” para concluir, por ello que “no empece a la admisibilidad de la vía la falta de impugnación en sede administrativa del acto mencionado en atención a que –en definitiva– se pretende obtener la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal”⁴.

En idéntico sentido, Soria ha señalado que si “el objeto perseguido por la pretensión se circunscribe al planteo de inconstitucionalidad de una norma legal sobre cuya base se fundamenta el obrar administrativo, exigir la vía previa también fue considerado ritual, por cuanto, se entiende, esas cuestiones no pueden ser dirimidas por la Administración, sino, exclusivamente, por el órgano jurisdiccional”⁵.

La misma línea ha seguido la Corte Suprema de los EE.UU. disponiendo la imposibilidad de exigir el agotamiento de la vía administrativa en aquellos supuestos en donde la inconstitucionalidad de la ley sea flagrante sin referencia alguna a la interpretación y aplicación que de la norma efectúa la administración demandada (Moore v. East Cleveland, 432 US 494, 1977)⁶

Es que, tanto el modelo de control de la administración pública como el sistema de control de constitucionalidad son datos muy relevantes de un ordenamiento jurídico y que, lógicamente, son determinantes del papel de la administración pública y del juez que tiene a su cargo el escrutinio de aquella.

Así, actualmente los jueces en lo contencioso administrativo de Alemania⁷, España e Italia⁸ al haber control de constitucionalidad concentrado (y a veces previo y

⁴ CNac.Cont.Adm.Fed., Sala IV, 06/03/2001, “Romani Hugo H. c/ Secretaria de Turismo de la Nación”, DT, 2002-A, 805.

⁵ SORIA, Daniel Fernando (Org.). **Las vías administrativas previas en el contencioso federal contra la administración - Derecho Procesal Administrativo**: Homenaje a Jesús González Pérez. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 836.

⁶ Cfr. CUCHILLO FOIX, Monserrat. **Jueces y administración en el federalismo norteamericano (el control jurisdiccional de la actuación administrativa)**. Civitas: Madrid, 1996. p. 229.

⁷ Así, por el art. 40 de la Ley de Jurisdicción Alemana se le atribuye a la justicia contenciosa administrativa el conocimiento de todos los asuntos de naturaleza jurídica pública, excepto los que tengan naturaleza constitucional.

⁸ Se trata de un sistema mixto y, por ende, solo cuando hay un derecho subjetivo en juego interviene un magistrado judicial pues frente a un interés legítimo corresponde el control a un tribunal administrativo. (FALCON, Giandomenico. La justicia administrativa. In: VÁZQUEZ, Javier Barnes (Org.). **La justicia administrativa en el derecho comparado**. Madrid: Civitas. p. 207 y ss.)

abstracto) no pueden –al resolver un caso- inaplicar una ley por inconstitucional sino que están subordinados a su contenido. También, es particular la situación de los magistrados de tribunales administrativos franceses o italianos -en los casos de intereses legítimos- ya que el control de los actos de la administración es interno. Esto que marcamos, evidentemente, no es un dato menor habida cuenta que “Un poder Judicial impedido de declarar la inconstitucionalidad de una ley, está claramente subordinado al Poder Legislativo”.⁹

En la República Argentina, entonces, –al menos desde un plano potencial- los jueces en lo contencioso administrativo tienen más poder que sus pares del derecho comparado: que los de Italia y Francia por que en nuestro país los magistrados integran un poder distinto al que controla a la administración y que los de España y Alemania dado que esos magistrados no tienen la atribución de realizar el control de constitucionalidad. Incluso, podríamos llegar a la conclusión que nuestros jueces son mas poderosos que los de EE.UU. ya que éstos por la aplicación del *stare decisis* deben seguir obligatoriamente los precedentes de los tribunales federales superiores, en cambio, aquí los precedentes de la Corte Nacional sólo obligan moralmente a los tribunales inferiores.

Como puede advertirse, es llamativo este dato de que los jueces argentinos tienen más poder. Sería interesante encarar esa cuestión desde la estadística para ver si ese mayor poder se ha traducido en mayor deferencia hacia la administración o ha provocado más activismo judicial.

b) Las diversas posturas: La discusión acerca de si la administración pública se encuentra facultada para pronunciarse sobre si una ley emanada del Congreso o un decreto de naturaleza legislativa se halla en pugna con la Ley Fundamental posee larga *data* en nuestro ámbito jurídico, habiéndose esbozado argumentos valederos en ambos sentidos.

Entre los argumentos a favor de la posibilidad de realizar ese control, se ha destacado que la autoridad pública en el ejercicio de sus cometidos se encuentra vinculada al principio de juridicidad, lo que le impone la carga no solo de respetar el marco legal vigente sino también el bloque constitucional integrado por la Ley Fundamental y los tratados internacionales incorporados a ella por vía del art. 75 inc. 22, tal como lo prescribe el art. 31 de la C.N.¹⁰

Más recientemente, se ha comenzado a hablar de la conversión del juez administrativo en un juez que ejercita una jurisdicción mas bien plenaria, que incluye el despacho de medidas cautelares, la ejecución de sus sentencias, admisión en éstas de contenidos de condena, resarcibilidad plena de los “intereses legítimos”, aspectos todos que excluía la vieja concepción objetivista de la jurisdicción sobre dichos intereses (Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La justicia administrativa en el cambio de siglo**. [s.l.]: Acad. Nac. de Derecho, 2000. p. 121 y ss.)

⁹ MAIRAL, Héctor A. Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino. **Estudios de Derecho Administrativo**, Mendoza, Ciencias de la Administración, 1999, p. 47.

¹⁰ Cfr. COMADIRA, Julio R. La posición de la administración pública ante la ley inconstitucional. In: _____. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 410. Ese mandato no se cumple, según Bianchi,

De este modo, el principio de jerarquía que rige el mundo jurídico exige que toda disposición se adecue a las normas superiores sean éstas constitucionales, legales o reglamentarias. Desde esta atalaya, parecería incuestionable que la administración pública se halla compelida a respetar la aludida pirámide normativa y, por tal razón, no debe aplicar una ley si la misma es inconstitucional.

En consonancia con ello, la Procuración del Tesoro de la Nación¹¹ ha sido de la opinión que la administración puede declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando ésta sea manifiestamente inconstitucional¹², en aquellos supuestos en donde exista una tendencia jurisprudencial emanada de tribunales inferiores contraria a la validez constitucional de una ley¹³ o frente a un pronunciamiento de la Corte Suprema en tal sentido¹⁴, siempre y cuando esa decisión judicial se encuentre firme y consentida; postura también compartida por algunos autores¹⁵.

Bianchi, por su parte, ha sujetado el ejercicio de dicho control por la administración pública a aquellas hipótesis en que ésta lleve adelante funciones jurisdiccionales siempre y cuando se trate de tribunales administrativos formalmente constituidos como tales y que tengan las mismas garantías que el Poder Judicial¹⁶, a lo que Álvarez¹⁷ ha agregado que su constitución debe haber sido instrumentada por ley y que su decisión esté sometida a control judicial posterior¹⁸.

cuando juzga la ley sino cuando la aplica y ordena que se cumpla pues esa es su función constitucional (BIANCHI, Alberto B. **Control de Constitucionalidad**. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 262 y ss.)

¹¹ En adelante PTN.

¹² P.T.N., 176:116.

¹³ P.T.N. 101:87.

¹⁴ P.T.N., 159:83; 168:23.

¹⁵ Cfr. COMADIRA, Julio R. La posición de la administración pública ante la ley inconstitucional. In: _____. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 410.

¹⁶ BIANCHI, Alberto B. **Control de Constitucionalidad**. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 262. En contra se ha manifestado Sola quien considera que los tribunales administrativos no pueden ser considerados como cortes de justicia en el sistema argentino de división de poderes (SOLA, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001. p. 451)

¹⁷ Cfr. ALVAREZ ALVAREZ, Fernando A. **La cuestión del control de constitucionalidad por la administración pública**. Disponible en: <www.eldial.com/suplementos/administrativo>.

¹⁸ A los fines de convalidar el ejercicio de facultades jurisdiccionales por las autoridades administrativas, la Corte Federal exigió como recaudo ineludible que contra esa decisión se autorice un control judicial suficiente que permita una revisión tanto de los aspectos fácticos como jurídicos tal como lo estableció en el recordado *leading case* "Fernández Arias" (Fallos, 247:646, 1960) cuya doctrina fue reiterada en casos posteriores ("Medella" Fallos, 305:129, 1983, "Cabrera", Fallos 305:1937, 1983, "Casa Enrique Shuster S.A.", Fallos 310:2159, 1987, "Di Salvo", Fallos, 311:344, 1988, "Litoral Gas S.A.", Fallos, 321:776, 1998, "Gador S.A.", Fallos, 327:367, 2004) Más recientemente, al resolver la causa "Ángel Estrada" exigió la presencia de nuevos recaudos para convalidar la constitucionalidad de la jurisdicción administrativa. Pues, en esta oportunidad requirió: 1) Que los organismos administrativos dotados de jurisdicción hayan sido creados por ley; 2) Que su independencia e imparcialidad estén aseguradas; 3) Que el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para su creación haya sido razonable y 4) Que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. (Fallos, 328:651, 2005)

Bidegain¹⁹, por su lado, entiende que el Poder Ejecutivo puede prescindir de una ley que invada su competencia constitucional con la finalidad de ejercer sus funciones. También, según el citado autor, se encuentra habilitado a hacerlo en aquellos casos en que a partir de la aplicación de la ley, puedan derivarse perjuicios graves e irreparables o se den circunstancias extraordinarias.

A esa causa, Comadira le adiciona la hipótesis en que el vicio de la ley provenga de un indebido cercenamiento de las facultades pertenecientes al Poder Ejecutivo, o cuando se afecte algún derecho o garantía constitucional, siempre que la inconstitucionalidad surja de manera razonadamente evidente²⁰.

Bidart Campos entiende que la imposibilidad de que un tribunal administrativo se pronuncie acerca de la inconstitucionalidad de una ley cede en aquellos casos en que una ley así lo autorice, concesión del Congreso, que según su opinión, debe ser reputada constitucional por no existir obstáculo para ello²¹.

Los que se manifiestan en contra de la posibilidad de que la administración pública pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley, fundamentan su posición en el principio de la división de poderes que –según argumentan– atribuye la función de control con la Ley Fundamental al Poder Judicial, relegando al Poder Ejecutivo a su función de ejecutor de leyes del órgano legisferante²², tal como lo ha entendido la Corte Suprema²³, algunos tribunales inferiores²⁴ y parte de la doctrina²⁵.

A partir de ello, se ha sostenido que la administración pública debe aplicar la ley aún en el caso de que la misma fuera inconstitucional hasta tanto el Congreso la derogue²⁶, tal como también lo marcan algunos dictámenes de la PTN²⁷.

¹⁹ BIDEGAIN, C. El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro. *Revista 120 años de la Procuración del Tesoro*, 1863-1983, 1983, p. 34 y ss.

²⁰ COMADIRA, Julio R. La posición de la administración pública ante la ley inconstitucional. In: _____. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 410.

²¹ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1996.

²² Cfr. ALVAREZ ALVAREZ, Fernando A. *La cuestión del control de constitucionalidad por la administración pública*. Disponible en: <www.eldial.com/suplementos/administrativo>.

²³ Fallos, 269:243, "Ingenio y Refinería San Martín" (1967), Fallos, 311:460, "Bruno" (1988); Fallos, 319:1420, "Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación" (1996); Fallos, 298:511 "Provincia de Mendoza", (1977). En el primero de dichos precedentes, el por entonces Gobernador de la Provincia de Salta había revocado una resolución de la Dirección General de Rentas por medio de la cual se había otorgado una exención fiscal a la actora por entender que base legislativa de esa exención era inconstitucional. La Corte Nacional al resolver dicha contienda entendió que si bien debía reconocerse al Poder administrador la atribución de dejar sin efecto los actos contrarios a las leyes no cabía asignarle la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pues una postura contraria implicaría aceptar que el poder puede concentrarse en una sola sede.

²⁴ CNac.Contadm.Fed., Sala IV, 06/03/2001, "Romani Hugo H. c/ Secretaria de Turismo de la Nación", DT, 2002-A, 805; *Idem*, Sala II, 03/08/2000, "Aguirre Miguel Ángel y otros c. M.T. y S.S. y otro.

²⁵ Cfr. GIALDINO, Rolando E. *El Poder judicial y los jueces en la república representativa*. Buenos Aires: El Derecho, 2009.

²⁶ SAGÜES, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*. 5 ed. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 231.

²⁷ P.T.N., 64:100; 70:118; 84:102; 236:25.

Ante esa situación, Gordillo²⁸ entiende que el Poder Ejecutivo no puede apartarse de esa ley y ejecutar directamente la Constitución sino que tiene que escoger entre las siguientes alternativas: a) Ejercer el derecho a veto²⁹; 2) plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial y, 3) Promover su derogación ante el órgano legisferante.

En este orden de ideas, resulta muy interesante la posición de Álvarez quien rechaza la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad por el Poder Ejecutivo en virtud del argumento del carácter contramayoritario de los funcionarios públicos, en tanto los mismos no han sido elegidos por el pueblo como si acontece con los creadores de la ley³⁰.

Por último, cabe destacar la opinión de Marienhoff, quien a los efectos del tema que venimos tratando efectúa una distinción entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por la administración -facultad que se encuentra vedada- y la abstención de aplicar una ley repugnante a la Carta Magna, lo cual si estaría permitido a los fines de garantizar la supremacía constitucional³¹. Esta postura, ha sido criticada por Bianchi en tanto entiende que esa diferenciación carece de importancia práctica ya que cuando un juez declara inconstitucional una norma ello trae aparejado su no aplicación al caso concreto³².

c) Derecho comparado: Amén de las diferencias en la organización del poder que puedan existir en otros sitios encontramos algunas regulaciones que merecen atención.

El Tribunal Constitucional de Perú por sentencia del 14/11/05 en autos "Ramón Hernando Salazar Yariénque" no solo ha admitido la posibilidad de que los tribunales administrativos declaren la inconstitucionalidad de las normas sino que entiende que debe hacerse de oficio bajo dos requisitos: 1) que dicho examen de constitucionalidad

²⁸ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. Debe destacarse que este autor había planteado anteriormente una posición contraria en la obra **Introducción al derecho administrativo**, 1ª Ed. p. 64 y ss. En el mismo sentido, lo ha entendido Roberto Dromi al señalar que si bien el Poder Ejecutivo no puede derogar las leyes ni declarar su inconstitucionalidad se encuentra habilitado para no aplicarlas en virtud de una desobediencia razonada de los funcionarios, ante vicios graves de constitucionalidad (**Derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 98)

²⁹ A esos efectos podría pensarse, que una vez que el Poder Ejecutivo ha dejado pasar la posibilidad de vetar la ley por inconstitucional, precluye la oportunidad de controlar constitucionalmente la leyes del Congreso de la Nación. Sin embargo, consideramos que este argumento pierde fuerza frente a la figura de la inconstitucionalidad sobreviniente, en tanto, una norma que no era contraria a la Ley Fundamental al momento de ejercer el derecho a veto puede serlo a *posteriori* por el cambio de circunstancias fácticas.

³⁰ Cfr. ALVAREZ ALVAREZ, Fernando A. **La cuestión del control de constitucionalidad por la administración pública**. Disponible en: <www.eldial.com/suplementos/administrativo>. Discrepamos con la aplicación de ese argumento para el Poder Ejecutivo ya que el Presidente, (el Gobernador o el Intendente, según se trate) es, por lo general, elegido por el pueblo con lo cual si representa a la mayoría.

³¹ MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 430. De igual modo, lo ha entendido Roberto Dromi (**Derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 98)

³² BIANCHI, Alberto B. **Control de Constitucionalidad**. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 262 y ss.

sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de proceso administrativo; 2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

El fundamento está dado en que dicho tribunal entiende que en la discusión está en juego la eficacia vertical de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la administración pública. Según se afirma, en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –eficacia vertical– como de los particulares –*eficacia horizontal*–; sobre todo cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual –dimensión subjetiva–, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora –dimensión objetiva–.

En un precedente aclaratorio de ese pronunciamiento emitido con posterioridad³³, agregó que esa facultad debe ser ejercida de oficio cuando exista una disposición que vaya en contra de una interpretación realizada por el Tribunal Constitucional o cuando se cuestione un precedente vinculante de dicho tribunal.

En algunos países como México, en donde hay un sistema de control de constitucionalidad concentrado, se está planteando la posibilidad que los jueces que no tienen esa facultad puedan hacerlo de igual manera cuando se afectan derechos humanos. La construcción de ese argumento ha llevado también a extender esa posibilidad a la administración pública.

En el caso del ordenamiento chileno, se admite, por ejemplo, que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República³⁴ realice el control constitucional de las normas en sede administrativa. Esta entidad de la administración efectúa un control jurídico de la actividad administrativa singular o de naturaleza reglamentaria con el ordenamiento jurídicos en su conjunto, haciendo primar este último por sobre aquélla, como consecuencia del principio general de legalidad. Sin embargo, es en el control de los aspectos constitucionales de la actuación administrativa donde la actividad fiscalizadora de la Contraloría adquiere mayor entidad, en la medida que su pronunciamiento no puede ser “salvado” mediante la insistencia gubernamental, ya que –se considera al estar el decreto o resolución en pugna con la Constitución, pone en peligro valores, principios o derechos de la más alta consideración en el ordenamiento.

d) Nuestra opinión: Ahora bien, el abordaje de este tema por demás complejo ofrece dos posturas bien marcadas y contrarias pero que a su vez tienen sentido desde el plano jurídico.

³³ Dictado el trece de octubre de 2006.

³⁴ Arts. 87/89 de la Constitución de la República de Chile de 1988 con las reformas del año 2000.

Por un lado, parece irrazonable que la administración pública al momento de tomar una decisión se encuentre obligada a aplicar una ley contraria a la Carta Magna por encontrarse impedida de efectuar el control de constitucionalidad. De negarse esa posibilidad, se estaría obligando al Poder Ejecutivo a dictar actos administrativos ilegítimos al tener que aplicar una norma contraria a la Carta Magna.

Pero desde otro miraje, vedar esa atribución resulta más conveniente para la seguridad jurídica pues a la gran prerrogativa que detenta la administración de poder ejecutar sus propias decisiones (Principio de ejecutoriedad), asignarle la posibilidad de efectuar el control de constitucionalidad de las leyes del órgano legisferante aparece, como peligroso para el esquema de división de funciones entre los diversos poderes estatales.

Desde nuestra perspectiva, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las normas es una atribución del resorte exclusivo del Poder Judicial y que, incluso, ha sido considerada por la Corte Suprema como la más delicada de las funciones encomendadas a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última *ratio* del orden jurídico. Por tales motivos, la utilización de esa facultad por el Poder Ejecutivo solo puede tener lugar cuando existe una autorización legislativa y el propósito perseguido al otorgarla es razonable.

2. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA

Como dijimos con anterioridad, debemos diferenciar los supuestos de control de constitucionalidad de la interpretación constitucional. En el primer caso, siempre hay un conflicto normativo mientras que cuando hablamos de interpretación constitucional se trata de determinar el sentido y el alcance de un precepto constitucional, con la tecnicidad y complejidad que ello presupone³⁵ y según las técnicas existentes³⁶; cuestiones cuyo desarrollo desborda el objeto de este trabajo.

Como se sabe, la norma constitucional es abierta, dúctil, general y con vocación permanente; está compuesta fundamentalmente por principios y valores, lo que la diferencia de las disposiciones con rango legal o reglamentario. Ello implica, entonces, que al momento de decidir la administración pública puede encontrarse frente a la necesidad de determinar el sentido o alcance de un mandato constitucional.

Así como la declaración de inconstitucionalidad es exclusiva del Poder Judicial, salvo que el Poder Legislativo le autorice esa atribución a otro poder de manera razonable, no existe obstáculo alguno para que la administración pública interprete el alcance

³⁵ Ver, entre muchos otros, SAGÜES, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. Buenos Aires: Depalma, 1998.

³⁶ BADENI, Gregorio. **Tratado de derecho constitucional**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2010.

y sentido de la Ley Fundamental. Se trata del ejercicio de una atribución totalmente legítima, que puede ser llevada adelante tanto cuando dicta un acto administrativo, cuando resuelve un recurso o cuando ejerce la potestad revocatoria.

Debe tenerse presente que, en muchos casos, también se presentan vacíos o lagunas en las cláusulas constitucionales o en normas inferiores como leyes o reglamentos que deben ser completadas por la administración y, para ello, puede ser necesario interpretar la Ley Fundamental. Se trata, entonces, de hacer frente al caso construyendo una respuesta a partir de la interpretación constitucional.

3. INAPLICACIÓN DE LEYES POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

a) Introducción: También pueden diferenciarse los supuestos ya tratados de la posibilidad de que la administración pública decida no aplicar normas generales en seguimiento de lineamientos jurisprudenciales de tribunales de justicia que han declarado la inconstitucionalidad de las mismas.

En esta hipótesis puede adquirir importancia la postura de Marienhoff, cuando diferencia entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por la administración y la abstención de aplicar una ley repugnante a la Carta Magna³⁷. Queremos decir con esto, que en el supuesto que venimos analizando la administración se abstiene de aplicar una ley que ha sido declarada inconstitucional.

En esta tesitura parece haberse enrolado la PTN permitiendo a la administración pública inaplicar las leyes a los casos concretos cuando exista una tendencia jurisprudencial emanada de tribunales inferiores³⁸ o de la Corte Suprema³⁹ contraria a su validez constitucional⁴⁰, siempre y cuando esa decisión judicial se encuentre firme y consentida.

b) El caso del Tribunal Fiscal de la Nación⁴¹: La posibilidad de inaplicar normas de carácter general ha sido expresamente contemplada para el Tribunal Fiscal de la Nación en el art. 185 de la Ley 11.683⁴² y por el art. 1164 del Código Aduanero, donde luego de vedarle la posibilidad de expedirse acerca de la "validez constitucional de las leyes tributarias o aduaneras y sus reglamentaciones"⁴³ se le permite no aplicarlas

³⁷ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 430.

³⁸ P.T.N. 101:87.

³⁹ P.T.N., 159:83; 168:23.

⁴⁰ P.T.N. 101:87.

⁴¹ En adelante TFN.

⁴² T.O. 1998.

⁴³ En tal sentido, el TFN ha sostenido que no puede pronunciarse respecto del planteo de inconstitucionalidad del decreto 1998/92 formulados por los contribuyentes, salvo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubiere declarado la inconstitucionalidad de las mismas, en cuyo caso podrá seguirse la interpretación de la Corte. ("VOLKSWAGEN ARGENTINA S.A."; Expte. N° 18.289-A., 17.04.09")

cuando “la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado la inconstitucionalidad de las mismas, en cuyo caso podrá seguirse la interpretación efectuada por ese Tribunal de la Nación”.

Sobre esa atribución legislativa, se ha señalado que no se trata de un juzgamiento constitucional realizado por la administración a título propio y derivado de su competencia, sino de la aplicación de los criterios jurisprudenciales por la autorización legislativa⁴⁴.

Esa regulación aparece como interesante por varias razones. En primer lugar, porque pone en evidencia que no estamos frente a una cuestión meramente teórica sino se presentan problemas prácticos de suma actualidad. En segundo término, porque es llamativo el establecimiento de esa prohibición por el Congreso Nacional dado que si se trata de una potestad exclusiva del Poder Judicial la restricción es injustificada.

Para Corti⁴⁵ la prohibición del aludido art. 185 para declarar la inconstitucionalidad de las normas ha quedado derogada por la reforma del 94 cuando establece el derecho a la doble instancia. Pues entiende que ambas instancias deben ser plenas y, por lo tanto, no puede haber una limitación al respecto, esto es, de controlar la constitucionalidad de las normas.

c) Reflexiones: Se advierte claramente que los patrones previstos por la PTN no son muy precisos pues alude a “tendencia jurisprudencial” de tribunales inferiores o frente a decisiones de la Corte Suprema que se encuentren firmes y consentidas. Ello nos obliga a preguntarnos acerca sobre qué debemos entender por “tendencia jurisprudencial” ya que su alcance es por demás impreciso.

También, plantea dudas el tema de la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema habida cuenta que si éstos obligan moralmente a los jueces inferiores con mayor razón deberían vincular a la administración pública.

Como se sabe, los fallos plenarios pues conforme el art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación son obligatorios para los jueces inferiores y para el Tribunal de Alzada de donde emana. Esa situación nos obliga a preguntarnos si aquellos son igualmente obligatorios para la administración pública.

En definitiva, consideramos que la atribución de la administración pública de no aplicar normas generales en seguimiento de lineamientos jurisprudenciales es totalmente válida con independencia de que exista o no autorización legislativa, siempre que tales decisiones emanen de la Corte Suprema o de un máximo tribunal de provincia y se hallen firmes y consentidas.

⁴⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la Constitución reformada**. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1996.

⁴⁵ CORTI, Arístides, “Competencia del TFN para declarar la inconstitucionalidad de leyes y reglamentos”, IMP 2007-17 (septiembre) 1623.

4. OBJECCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

También puede acontecer que la administración pública se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de una determina ley pero decida no declararla inválida sino aplicarla al caso por entender que carece de competencia para actuar de ese modo.

Con esa orientación el TFN se pronunció en la causa “Pascuzzi”⁴⁶ en donde en virtud de la prohibición del art. 185 de la ley 11.683 dos vocales dejaron en claro “las objeciones de orden constitucional que les merece la presunción instrumentada mediante el artículo 2 de la ley 25345”⁴⁷. Ya en otro fallo anterior⁴⁸ habían señalado que “en lo que hace al concreto planteo de inconstitucionalidad formulado por la recurrente, con fundamento en la afectación del derecho de propiedad y el principio de legalidad en materia fiscal y el derecho de defensa protegidos por los artículos 4 y 75, 17 y 18 de la Constitución Nacional, los suscriptos no pueden dejar de poner de manifiesto las objeciones constitucionales que les merece el mecanismo instrumentado por la ley 25.345”⁴⁹.

Si bien, en el caso, el uso de esta técnica de la objeción de inconstitucionalidad obedeció a la prohibición normativa de efectuar una declaración de inconstitucionalidad, creemos que esa opción puede ser realizada válidamente por la administración pública. Es que esta al tomar una decisión y teniendo en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad es una atribución exclusiva del Poder Judicial, la administración pública puede dejar sentado su postura en cuanto a la invalidez constitucional.

5. CONCLUSIONES

La potestad de declarar la inconstitucionalidad de las normas sigue siendo una atribución exclusiva del Poder Judicial salvo que exista una autorización legislativa del Congreso Nacional a la administración pública para que desempeñe esa actividad.

Nada obsta a que la administración pública pueda interpretar la Ley Fundamental en un caso concreto siempre teniendo como norte la salvaguarda de los derechos fundamentales del administrado.

Constituye una buena práctica que la administración pública inaplique normas generales en seguimiento de los lineamientos jurisprudenciales ya sea de los máximos tribunales de provincia como de la Corte Suprema, siempre que se trate de decisiones que se hallen firmes y consentidas.

⁴⁶ TFN, Sala A, 21/11/2005, “Miguel Pascuzzi”.

⁴⁷ *Vid.* considerando N° VII. 14/9/2004

⁴⁸ TFN, Sala A, 14/9/2004, “Miguel Pascuzzi”.

⁴⁹ *Vid* considerando n° XVII.

Creemos que la temática referida al control de constitucionalidad por la administración pública es un tema que invita a la reflexión y, que en una primera aproximación, nos convence de que lo correcto es otorgarle la facultad a la administración para que declare la inconstitucionalidad de las normas para poder proteger al administrado de violaciones a sus derechos fundamentales. Sin embargo, creo que esa visión puede ser solo un espejismo ya que detrás de ello se esconde un mal mayor que es la violación del equilibrio entre los diversos poderes del Estado pues, de otro modo, a la gran prerrogativa que detenta la administración pública a partir del principio de ejecutoriedad le sumamos otra que es la última *ratio* del ordenamiento jurídico y las más delicada de las funciones en un Estado de Derecho, colocando al Poder Ejecutivo en una posición rayana a la suma del poder público que nuestros Constituyentes originarios quisieron evitar al incluir el art. 29 CN.

6. REFERENCIAS

ALVAREZ ALVAREZ, Fernando A. **La cuestión del control de constitucionalidad por la administración pública**. Disponible en: <www.eldial.com/suplementos/administrativo>.

BADENI, Gregorio. **Tratado de derecho constitucional**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2010,

BIANCHI, Alberto B. **Control de Constitucionalidad**. Buenos Aires: Abaco, 2002.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la Constitución reformada**. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1996.

BIDEGAIN, C. El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro. **Revista 120 años de la Procuración del Tesoro**, 1863-1983, 1983.

COMADIRA, Julio R. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

CUCHILLO FOIX, Monserrat. **Jueces y administración en el federalismo norteamericano (el control jurisdiccional de la actuación administrativa)**. Civitas: Madrid, 1996.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La justicia administrativa en el cambio de siglo**. [s.l.]: Acad. Nac. de Derecho, 2000.

GIALDINO, Rolando E. **El Poder judicial y los jueces en la república representativa**. Buenos Aires: El Derecho, 2009.

GORDILLO, Agustín. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

MAIRAL, Héctor A. Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino. **Estudios de Derecho Administrativo**, Mendoza, Ciencias de la Administración, 1999.

MARIENHOFF, Miguel S. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 430.

MILLER, Jonathan; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana. **Constitución y Poder Político**. Astrea: Buenos Aires, 1987.

SAGÜES, Néstor Pedro. **Derecho Procesal Constitucional**. 5 ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

SAGÜES, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. Buenos Aires: Depalma, 1998.

SOLA, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

SORIA, Daniel Fernando (Org.). **Las vías administrativas previas en el contencioso federal contra la administración - Derecho Procesal Administrativo**: Homenaje a Jesús González Pérez. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

VÁZQUEZ, Javier Barnes (Org.). **La justicia administrativa en el derecho comparado**. Madrid: Civitas.