

Eficacia “erga omnes” de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad*

Por Juan C. Copani

*“Personas muy deshonestas deben ser ustedes,
si necesitan tantas precauciones”.*
François-Marie Arouet (Voltaire)

1. Cuestiones preliminares. Objeto de este trabajo

§1. La cuestión sobre la cual vamos a discurrir ofrece diversas aristas que, en este primer acápite, vamos a tratar de pulir con el objeto de poder concentrarnos en lo que verdaderamente nos interesa a los fines de este trabajo. Expresado con otro giro, queremos descartar tópicos, intrínsecamente relacionados, pero perfectamente separables respecto de las consideraciones que aquí se harán para justificar una extensión general de la declaración de inconstitucionalidad realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN)¹.

§2. En un primer término, cabe apuntar que no se tratará aquí de todas las sentencias constitucionales.

Consideramos erróneo la asimilación de la locución “sentencia constitucional” a aquellas decisiones que declaran la inconstitucionalidad de una norma como parece ser un criterio bastante difundido; en tanto la sentencia es el producto final² de una de las funciones del poder (la jurisdicción), y del proceso en cuanto dinámica de ella³, será sentencia constitucional la que recaiga en el ejercicio de esa función cuando entienda en materia constitucional (jurisdicción constitucional), y ésta no se limita sólo a las declaraciones de inconstitucionalidad.

Ahora bien, si materialmente la podemos dividir en “jurisdicción constitucional de las libertades fundamentales” y en “control de constitucionalidad”⁴, fácil es deducir que una sentencia constitucional es la que recae tanto en un proceso de amparo (individual o colectivo), hábeas corpus o hábeas data, etc. como aquella que decide la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma (ley, reglamento, etcétera).

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Eventualmente, dentro del ámbito provincial, también valdrá lo que se diga respecto a iguales declaraciones correspondientes realizadas por sus tribunales superiores relativas al derecho local.

² Conf. Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, tr. de Marino Ayerra Merín, Bs. As., El Foro, 1996, p. 32; Arruda Alvim, José M., *Manual de direito processual civil*, São Paulo, “Revista dos Tribunais”, v. 1, 2005, p. 160; 10ª ed., 2006, p. 173.

³ Dinamarco, Cândido R., *A Instrumentalidade do processo*, São Paulo, Malheiros, 2005, n° 14.5 y ss., especialmente p. 137.

⁴ Conf. Araújo Cintra de, Antonio C. - Pellegrini Grinover, Ada - Dinamarco, Cândido R., *Teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 81. Si bien no desde la perspectiva de la función, sino desde su dinámica (proceso), en este sentido se enrola García Morelos, Gumesindo, *Aspectos procesales del control de constitucionalidad de las normas jurídicas en México*, en Berizonce, Roberto O. - Hitters, Juan C. - Oteiza, Eduardo D. (coords.), “El papel de los tribunales superiores”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 182.

Ello así, en los objetivos del presente estudio no se comprenden a las sentencias obtenidas en el ejercicio de la primera, sino sólo a las que se refieren al segundo tipo.

§3. Incluso dentro de las referidas al control de constitucionalidad, no nos vamos a ocupar de todas ellas, lo cual merece cierta explicación.

Ocurre que desde un tiempo a esta parte, en el registro de los procesos colectivos, en tanto la noción de caso judicial se independiza de la actuación en el proceso del interesado directo, ya que por mandato constitucional⁵ se encuentran legitimados personas públicas (Defensor del Pueblo) y asociaciones intermedias⁶ con el objeto específico de tutelar derechos que, en principio, no pertenecen a una individualidad sino a la comunidad en cuanto tal, no habría razón valedera para que las decisiones en materias de semejantes características no posean el alcance extensivo que esos derechos poseen. Más aun, incluso en los casos en que está legitimado el particular en su calidad de afectado, la cosa juzgada que recaiga en un proceso sobre esos derechos podrá extenderse según el objeto –ya inmediato o mediato– de la demanda⁷.

Ello así, resulta entonces evidente que frente a la tutela de derechos difusos⁸ la sentencia necesariamente tendrá efectos *erga omnes*⁹ pues ella, en tanto éstos son indivisibles y supraindividuales, no puede otorgarse sólo frente a quien actuó en el proceso sin que se satisfaga a todos e, inversamente, no puede sólo negarse respecto de una persona sin que se lo haga respecto de todas¹⁰. En síntesis, la satisfacción de uno implica la necesaria satisfacción del grupo.

⁵ Arts. 43 de la Const. nacional y 20 de la Const. de la Provincia de Bs. As.

⁶ Sobre los problemas que suscita la legitimación en estos procesos puede consultarse: Vallefín, Carlos A., *La legitimación en las acciones de interés público*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2006.

⁷ Conf. CFed La Plata, Sala de feria, 15/1/97, *in re* “Asociación de Trabajadores del Estado c/Armada Argentina s/amparo”. Asimismo, Morello, Augusto M., *Constitución y proceso*, La Plata, Platense, 1998, p. 118 y siguientes. En sentido similar nos hemos expresado antes en estos términos: “allí donde la legitimación ampliada, resulta coherente que la cosa juzgada aparezca también en forma ampliada” (*Extensión de la cosa juzgada en los procesos colectivos. Sus particularidades y sistemas*, en XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Libro de ponencias generales y trabajos seleccionados, La Ley, Mendoza, 2005, p. 18).

⁸ Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica: Art. 1º: Ámbito de aplicación de la acción colectiva. La acción colectiva será ejercida para la tutela de: I) intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base; II) intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

⁹ Copani, *Extensión de la cosa juzgada en los procesos colectivos. Sus particularidades y sistemas*, p. 22. “En todos los sistemas estudiados, se acepta la extensión de la cosa juzgada con vocación *erga omnes*, lo que resulta lo más coherente –e, inevitable– cuando los bienes jurídicos en juego son indivisibles y el hecho de otorgárselo a uno implica otorgarlo a todos y, a la inversa, su negación a uno solo lleva la negación a todos” (bastardilla agregada).

¹⁰ Conf. Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio, *Relatório geral: Processos coletivos, o Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Coletivos para Iberoamérica*, citando a Barbosa Moreira: “É impensável que a solução seja ela qual for, aproveite a alguns e não aproveite a outros dos membros dessa coletividade”. El mismo, representa el informe general de los capítulos I y IV del entonces Anteproyecto (ahora ya es proyecto) de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica presentado en el VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, organizado por el Instituto Iberoameri-

La situación no varía si en el marco de un proceso como el descrito se declara la inconstitucionalidad de una norma, toda vez que esa declaración valdrá respecto de todos, en tanto la misma será tan indivisible como el bien de la vida¹¹ (el objeto mediato de la pretensión en la enseñanza de Chiovenda) tutelado. Si esto resulta evidente en los procesos tuitivos de derechos difusos o colectivos (en sentido estricto)¹², parece más cuestionable cuando estamos frente a un derecho de incidencia colectiva pero ya no ontológicamente hablando sino sólo por accidente, *id est*, aquellos que se colectivizan para su tutela conjunta; nos referimos a los llamados “derechos individuales homogéneos” de ya largo desarrollo en la doctrina brasileña¹³, aunque nosotros preferirlos denominarlos “derechos colectivos por yuxtaposición”¹⁴. Ocurre en estos últimos que, al carecer de las notas de indivisibilidad y supraindividualidad, la cosa juzgada no se extiende por la simple naturaleza de las cosas sino por cuestiones de eficacia y economía procesal que, en definitiva, son los principios que fundamentan a esta categoría ya que “participan, siquiera accidentalmente, de

cano de Derecho Procesal y el Centro de Studi Giuridici Latinoamericani de la Università “Tor vergata” en Roma, mayo del 2004 (RIDP, año IV, n° 5, p. 155 y ss, la cita en p. 179). En igual sentido, una de las autoras del anteproyecto, la profesora Pellegrini Grinover dice: “el goce del bien, por parte de un componente de la colectividad, implica necesariamente la fruición por parte de todos, así como su negación para uno representa la negación para todos” en *Significato sociale politico e giuridico della tutela degli interessi diffusi*, Riv. Dir. Proc., 1999, p. 17 y ss. (parte de este trabajo se agregó luego a la Exposición de Motivos del ACMPCI). Se expide en similar forma, Sosa, G. L., *Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses difusos*, RIDP, año I, n° 1, 2002, p. 138.

¹¹ “No cabe excluir *ab initio* el alcance *erga omnes* de las sentencias que dicta la CSJN cuando, en el ejercicio del control de constitucionalidad y de sus poderes implícitos, decide cuestiones que, por su naturaleza y materia sobre la que recaen (derechos de incidencia colectiva, en general), surten efectos indivisibles que se extienden necesariamente aun para quienes no han sido partes formales en el proceso” [Berizonce, Roberto O., *Sobrecarga, misión institucional de los tribunales superiores y desahogo del sistema judicial*, en Berizonce - Hitters - Oteiza (coords.), “El papel de los tribunales superiores”, p. 469].

¹² Derechos difusos y colectivos en sentido estricto sólo se diferencian por la mayor determinabilidad, en los segundos, de los sujetos que integran al grupo posibilitada por la existencia de una relación jurídica de base –ya entre ellos o de cada uno con la parte contraria–; no obstante, por cuanto comparten sus notas tipificantes (indivisibilidad y supraindividualidad) ambos correrían por iguales carriles procesales toda vez que ambos son ontológicamente colectivos, tan es esto así que, en el CMPCI, al determinarse su ámbito de aplicación en el art. 1° se los engloba dentro de la locución “derechos o intereses difusos” pues su diferencia es sólo conceptual pero carente de efectos prácticos-procesales; así pues, para simplificar terminológicamente nosotros seguiremos esa línea llamando derechos difusos tanto a éstos como a los colectivos en sentido lato.

¹³ Véase por toda explicación sobre esta categoría, Pellegrini Grinover, Ada, *Da “class actions for damages” à ação de classe brasileira: os requisitos de amissibilidade*, RIDP, año I, n° 2, 2002, p. 135 y ss. *passim*.

¹⁴ Consideramos esta terminología más acertada pues tiene mayor representatividad del ser de esta categoría: son los clásicos derechos subjetivos individuales que, por predominar las cuestiones –de hecho o derecho– sobre las individuales, estas últimas carecen de relevancia a los fines de su tutela; así, entonces, se puede caracterizar a la categoría de marras como el conjunto que resulta de la yuxtaposición de los derechos siendo el todo la mera suma de las partes. No obstante, y sin que implique una contradicción de nuestra parte, se los puede interpretar holísticamente (el todo es diferente de la suma de las partes) a los efectos prácticos pues su tutela conjunta no sólo es superior sino, muchas veces, simplemente imposible la tutela individual de los mismos por carecer de una entidad suficiente para que su titular inicie un proceso para su reconocimiento. Para un ejemplo de esta problemática resulta gráfico consultar Morello, Augusto M., *Una legitimación de tres centavos*, en “La eficacia del proceso”, Bs. As., Hammurabi, 2000, p. 171 y ss. en donde el maestro realiza un comentario del fallo CSJN, 7/12/99, “Fernández, Raúl c/Poder Ejecutivo Nacional” relativo a la demanda de un usuario por el aumento de tres centavos y fracción en la tarifa del servicio ferroviario.

la condición de los derechos colectivos y difusos, en cuanto homogéneos y provenientes de un origen común, y por ende, sujetos a tutela como regla bajo cánones similares”¹⁵.

Con lo cual, la mentada extensión de lo juzgado aquí, dependerá del sujeto legitimado que ejerza el derecho de acción (legitimación institucional o abstracta como la de las asociaciones, Defensor del Pueblo, Ministerio Público, etc.) o de los propios términos en que se interpone la demanda en cuanto al objeto de la pretensión cuando lo hace un particular.

§4. Recapitulando, en las situaciones que se reseñaron la cosa juzgada posee efectos *erga omnes* –con diversas particularidades¹⁶ que no caben tratar aquí– siempre (salvo el rechazo por insuficiencia probatoria) sin importar cuál fue el tribunal que haya dictado la sentencia (sea de primera o última instancia) en tanto y en cuanto, obviamente, ésta se encuentre firme; pues esa extensión obedece a la naturaleza del proceso (colectivo) y no a la autoridad del juzgador o a la declaración que el mismo realice.

En consecuencia, el objeto de este estudio se centra en dar ciertas razones que justificarían la extensión del juzgado cuando el control de constitucionalidad se ejerce, no ya en el ámbito de un proceso masivo y por cualquier tribunal, sino en un proceso individual pero cuando la sentencia la dicta la Corte en su calidad de intérprete último de la Constitución. En otras palabras, trataremos de averiguar si existen en la actualidad argumentos válidos para seguir manteniendo una postura restringida sobre los alcances de la declaración de inconstitucionalidad cuando la misma es realizada por quien tiene la última palabra sobre el tópico.

Adelantando nuestra opinión, creemos que no. Aquí desarrollaremos –con las obvias limitaciones– distintos argumentos tanto políticos, como jurídico-procesales que nos convencen justamente de lo contrario; máxime cuando el derecho comparado marca una tendencia al reajuste de la antinomia absoluta de los paradigmas del control (americano por oposición al austriaco) toda vez que cada uno de ellos ha dejado el estereotipo para incorporar ajustes y correcciones como ser, por ejemplo, la doctrina del *stare decisis et queta non movere* o la de la interpretación objetiva en el derecho de los Estados Unidos de América; o, en el modelo “antagónico” la doctrina de la discrecionalidad o la de las sentencias manipulativas¹⁷. Asimismo “prácticamente todos los países de Latinoamérica arriban al siglo XXI con nulidad general de las leyes”¹⁸; se evidencia aquí, entonces, nuestro atraso.

¹⁵ Berizonce, *Sobrecarga, misión institucional de los tribunales superiores y desahogo del sistema judicial*, p. 464.

¹⁶ *Erga omnes* salvo rechazo por insuficiencia probatoria, *erga omnes pro utilibus* (o *secundum eventum litis*) para los derechos colectivos por yuxtaposición; *secundum probationis* cuando surge nueva prueba insusceptible de haber sido producida en el proceso anterior. Véase el art. 33 del CMPCI y, para una explicación, nuestro trabajo, *Extensión de la cosa juzgada en los procesos colectivos. Sus particularidades y sistemas*, p. 12 y ss. *passim*.

¹⁷ Véase Sagüés, Néstor P., *Cosa juzgada constitucional. Modelos y correcciones*, LL, 1995-E-1063 y siguientes.

¹⁸ García Morelos, *Aspectos procesales del control de constitucionalidad de las normas jurídicas en México*, p. 189.

2. Acerca de la división de poderes

§5. La utopía de la estricta separación de poderes (*rectius*: de las funciones del poder) no puede llevarse hasta el extremo tal de la inhibición mutua entre los mismos¹⁹; el éxito del sistema republicano no radica en una total falta de intervención de uno sobre otro sino en un adecuado sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) que, como un aceitado engranaje, tienda a la efectividad de la libertad de los ciudadanos. “Quell’ ideale ha signigicato così, fino a tempi relativamente recenti, e ancora oggi in non pochi paesi, l’esistenza di un legislativo del tutto incontrollato, oltre all’esistenza di un esecutivo anch’esso praticamente incontrollato almeno fino a quando un sistema separato di giustizia amministrativa non riuscì a svilupparsi, imponendosi come controllore della pubblica amministrazione”²⁰.

Ello así, parece claro que los *checks and balances* deben *aggiornarse* para su correcto funcionamiento sistémico, pues el mantenimiento de pruritos u ortodoxias de la teoría política, en la realidad actual, importan la merma en las libertades fundamentales del ser humano toda vez que, basta apelar a los hechos, la mentada separación funcional del poder –como ilustra el párrafo transcripto– sólo significó la restricción del Poder Judicial en los cotos que la propia teoría asignaba, mas no para frenar el avance de los poderes políticos delegados²¹; así, aquél se vio imposibilitado de ejercer en plenitud su más alta función como garantía final de los derechos (políticos, civiles, sociales, culturales).

Pero lo que decimos merece ciertas aclaraciones, tanto de carácter dogmático como histórico.

5.1. En efecto, desde el primero de los puntos de vista, sabemos que se toma como mentor de dicha separación a Montesquieu con su teoría; mas ocurre que, por un lado, ni siquiera él mismo tenía en mente, al momento de formularla, una absoluta división de los poderes²², lejos de eso se dice que en tanto la doctrina de marras ya tenía formulaciones previas, y no fue un descubrimiento del autor, lo que sí hizo fue modificar la doctrina existente y convertirla en un “sistema de frenos y contrapesos jurídicos entre las diversas partes de una constitución”²³; ello así, sólo la interpretación posterior –tal vez no de manera inocente– es la que otorgó límites nítidos y rígidos a la postura montesquieuana. Del otro lado, tal como fuera formulada por el propio Montesquieu, partía de un presupuesto contradictorio: el mayor poder del parlamento²⁴; se dice esto pues, si la doctrina en cuestión nace como forma de limitar al poder para que no se acumule en la misma persona o cuerpo el cúmulo de sus fun-

¹⁹ Véase Hamilton, Alexander - Madison, James - Jay, John, *El federalista*, 2ª ed., tr. de Gustavo R. Velazco, México, FCE, 2006, n° XLVIII, p. 210; se dice respecto de la división de poderes: “el apotegma político en él examinado no exige que los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial estén absolutamente aislados unos de otros”.

²⁰ Cappelletti, Mauro, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 42 y 43.

²¹ “El gigantismo del Poder Ejecutivo que opaca la presencia y las esferas competenciales de las dos restantes ramas del gobierno” (Morello, Augusto M., *Estudios de derecho procesal*, t. 1, La Plata, Platense, p. 311).

²² Conf. Hamilton - Madison - Jay, *El federalista*, p. 205. Asimismo, Sabine, George H., *Historia de la teoría política*, tr. de Vicente Herrero, México, FCE, 3ª ed., 1998, p. 428.

²³ Sabine, *Historia de la teoría política*, p. 427 y 428.

²⁴ “En realidad hacía de ella un dogma que tenía el suplemento de un privilegio, no definido, de crear excepciones” (Sabine, *Historia de la teoría política*, p. 428).

ciones, resulta paradójico que, a la vez, se asigne la supremacía a uno sobre los otros: un correcto entendimiento de la tónica implica –al menos desde el plano teórico– que se fraccione en partes iguales²⁵; así pues cada poder está al mismo nivel que los otros²⁶ (lo que se ha perdido de vista bastante en lo que hace al judicial).

En un sentido similar en Inglaterra, incluso antes del autor comentado, luego de la revolución “antimonárquica” de Cromwell (contra Carlos I) surgió entre las filas del ejército de éste un grupo de soldados rasos que formaron un partido –los *levellers*– el cual pretendía radicalizar el movimiento más allá de los conservadores límites en que se centró el programa propuesto por el grupo de los oficiales; los “niveladores” –ala izquierda del mencionado ejército– planteaban la independencia parlamentaria pero, a diferencia de los oficiales, no por el cúmulo de privilegios tradicionales que se le atribuían sino en su mera condición de ser el cuerpo de representantes del pueblo. Este partido advertía ya en esa época (*circa* 1650), que la pretendida supremacía parlamentaria carecía tanto de fundamento como la del monarca y era necesario proteger los derechos tanto respecto de un cuerpo ejecutivo como de uno legislativo, es por eso que deseaban un dispositivo que protegiera a los ciudadanos incluso respecto de sus representantes; ese mecanismo era, para ellos, una constitución escrita con su correspondiente *bill of rights*²⁷. A lo que nosotros podríamos agregar, dejando de lado la formalidad de aquellas épocas y posicionándonos desde el plano de lo material, de la eficacia real, que la garantía por antonomasia de dicho dispositivo no podía ser otro que el encargado de interpretarlo, *id est*, la rama judicial de gobierno.

5.2. Desde la mira histórica, parece claro que el postulado *sub examine surge*, de manera contextual, como reacción contra los excesos cometidos por sujetos que concentraban grandísimas cuotas de poder: en Inglaterra, frente a la revolución contra la monarquía (Carlos I), en Francia, ante la tiranía de Luis XIV de quien basta que se cite su conocida frase “el Estado soy yo” para advertir su despotismo²⁸. Cuando nuestro país entra en la etapa constitucional (1853) estaba demasiado fresco el recuerdo de la atribución de la suma del poder público concentrada en don Juan Manuel de Rosas y ello “hacía suponer una proclividad preponderante a la acumulación de poder en el jefe de gobierno”²⁹.

²⁵ Incluso, el postulado de la supremacía parlamentaria (o, eventualmente del ejecutivo) resulta absurdo desde la mirilla matemática de la división del poder: si el poder es uno y se divide en tres, numéricamente esto es así: $\frac{1}{3} = 33,33$ pues no se podría dividir si no es en partes iguales.

²⁶ Conf. Falcón, Enrique M., *La función política y los tribunales superiores*, en Berizonce - Hitters - Oteiza, “El papel de los tribunales superiores”, p. 23.

²⁷ Para profundizar lo que se dice en el texto véase Sabine, *Historia de la teoría política*, p. 370 a 378. El autor aclara que, independientemente de la escasa influencia que finalmente el partido de los *levellers* tuvo en los hechos, ellos “se aproximaron más que ningún otro grupo de la Inglaterra revolucionaria a la filosofía política que fue más adelante típica de la democracia radical” (p. 378).

²⁸ Por otro lado, piénsese que hablamos de un monarca que casi funde un país para construir Versailles.

²⁹ Bidart Campos, Germán J., *Relaciones de la jurisprudencia vinculatoria con la división de poderes y la igualdad jurídica*, LL, 98-751. Señala ahí correctamente el autor: “si históricamente el sentido de la división de poderes en la Constitución argentina no se ve alterado ni padece violencia porque cien años después se proyecte a las sentencias judiciales un efecto general, es lícito buscar en la actualidad la tesis jurídica que no frustre ese efecto y que a la vez lo justifique”.

Ahora bien, teniendo a la vista las sintéticas reflexiones precedentes, no resulta difícil advertir que, si la doctrina de los *checks and balances* tiene la virtualidad de funcionar como un freno ante el abuso de poder, ella *no es un fin en sí mismo* sino, muy contrariamente, un instrumento para asegurar la libertad de los hombres y en consecuencia la igualdad puesto que ambas son correlativas; es que la última no puede existir sin la primera, toda vez que se configurarían categorías entre quienes gozan de ese privilegio y de quienes no e, incluso, entre estos polos habrían matices y escalas con las consecutivas “gradaciones” de libertad (estarían los libres y los esclavos, pero aun entre los primeros estarían quienes gocen del privilegio desde la mayor amplitud, v.gr., el gobernante, hasta los que progresivamente participan en un grado menor llegando finalmente a los segundos, carentes totalmente de ese derecho).

Del otro lado, erradicando la igualdad, la libertad sería tan solo una quimera —una especie de piedra filosofal— pues aquellos que se sitúen en los estamentos inferiores, renunciarían consciente y voluntariamente a reaccionar contra los primeros por la mera consideración de que vencieron sus propios miedos y lograron posicionarse sobre ellos; es decir, se tipificaría el esquema de la autoridad del amo sobre el esclavo³⁰ ya que éstos, nunca actualizarían su posible oposición frente a aquéllos en tanto situados en una clase dominante y por tanto “vencedora”³¹.

§6. Las anteriores reflexiones tienen un fin específico, cual es la de adoptarlas como presupuestos de los desarrollos que seguirán y así poder analizar esos tópicos desde un prisma adecuado.

Si tal vez pecan de ser excesivamente teóricas, las consideramos necesarias pues es insusceptible de separar el tema que nos convoca de los postulados políticos que fueron tratados. Ello así, entonces, sin más prelude venga enhorabuena el objeto específico de este pequeño estudio.

³⁰ Conf. Kòjeve, Alexandre, *La noción de autoridad*, tr. de Heber Cardoso, Bs. As., Nueva Visión, 2005, p. 43 a 45. Asimismo, el autor establece como variantes de este tipo puro o irreductible de autoridad [la del noble sobre el villano, la del militar sobre el civil; la del hombre sobre la mujer, la del vencedor sobre el vencido, p. 42 (ésta última, a donde queríamos llegar, refuerza la propuesta del texto)].

³¹ El esquema de autoridad citado tiene base en la dialéctica del amo y el esclavo hegeliana y se configura, sintéticamente así: “el futuro amo enfrenta la prueba de la lucha y el riesgo, mientras que el futuro esclavo no llega a dominar su temor (animal de muerte). Cede, pues, se da por vencido, reconoce la superioridad del vencedor y se somete a él como el esclavo a su amo” (Kòjeve, *La noción de autoridad*, p. 43 y 44). En un sentido complementario, al comentar lo que para los griegos era la libertad, Hanna Arendt decía que “esta libertad la tenía únicamente el señor de la casa y no consistía en que él dominara sobre los restantes miembros de ésta, sino en que gracias a este dominio podía dejar su hogar, su familia en sentido antiguo. Es evidente que esta libertad conllevaba el elemento de riesgo, del atrevimiento; quedaba a la voluntad del hombre libre abandonar el hogar, que era no sólo el lugar en que los hombres estaban dominados por la necesidad y por la coacción, sino también, y en estrecha conexión con ello, el lugar donde la vida era garantizada, donde todo estaba listo para rendir satisfacción a las necesidades vitales. *Por lo tanto sólo era libre quien estaba dispuesto a arriesgar la vida; no lo era y tenía un alma esclava quien se aferraba a la vida con un amor demasiado grande*” (*¿Qué es la política?*, tr. de Rosa Sala Carbó, Bs. As., Paidós, 2005, p. 73; la bastardilla nos pertenece). Realizamos ambas citas porque consideramos que clarifican sobre la intrínseca relación entre igualdad y libertad.

3. Una sentencia “erga omnes” no sobrepasa los límites establecidos

§7. Siempre teniendo a la vista el alcance que le hemos otorgado a la división de poderes (no es absoluta, los tres están en un plano isonómico), el hecho que la CSJN dicte una sentencia con autoridad y eficacia general, no quiebra el equilibrio necesario que debe existir entre cada una de las funciones en que se reparte el poder estatal; muy por el contrario, la aceptación de esta posibilidad contribuye claramente a materializar el requerido balance, a que el mismo sea eficaz.

Baste pensar en que una norma inconstitucional, por sus características de generalidad y abstracción, abarca a un sinnúmero de subjetividades que potencialmente acudirán al proceso judicial³² como garantía final de sus derechos fundamentales vulnerados, generando así una masa de procesos repetitivos que, en definitiva, serán –o deberían ser– resueltos con similares, sino iguales, fundamentos. En definitiva, es suficiente un solo acto del legislador que sea incompatible con el pacto social para que el sistema de justicia todo colapse³³, con el consiguiente desprestigio y descreimiento en nuestros tribunales y, en consecuencia, se genere la neutralización³⁴ e incapacidad de los mismos –principalmente de la Corte– para ejercer su más alta misión: defender el mandato constituyente violado por el poder delegado.

Ello así, bien puede decirse que el alcance *erga omnes* de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad, lejos de violar la separación funcional del poder,

³² Decimos potencialmente porque, dejando a un lado aquellas personas que pueden beneficiarse con la ley nula, habrá cientos, miles –incluso, tal vez, millones– que estarán imposibilitados de acceder tanto por cuestiones económicas, sociales, culturales, etcétera. Véase sobre esto Cappelletti, Mauro - Garth, Bryant, *Acceso a la justicia*, tr. de Samuel Amaral, Colegio de Abogados de La Plata, 1983, especialmente lo referido a la primer oleada del acceso, p. 23 a 33 y 39 a 58; Berizonce, Roberto O., *Derecho procesal civil actual*, La Plata, Platense, 1999, p. 131 a 156 y *El efectivo acceso a la justicia*, La Plata, Platense, 1987.

³³ Piénsese en el cúmulo de amparos y acciones declarativas de certeza causadas por el “corralito” financiero; o la forma en que se sobrecargó la CSJN a causa del art. 19 de la ley 24.463 irónicamente denominada de “solidaridad previsional” hasta que lo declaró inconstitucional *in re* I. 349. XXXIX, “Itzcovich, Mabel c/ANSES s/reajustes varios”, 29/3/05; asimismo, “Badaro” s. 8/8/06; en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, una situación similar generó el art. 19, inc. b del decr. 7881/84 que prohibía afiliarse al IOMA, sin cuota adicional, a los maridos de las afiliadas directas cuando, inversamente, sí se permitía respecto de las esposas de afiliados directos; en un fallo sobre el tema (“Fernández, V.”, 23/12/03, I- 2162), luego de diversas declaraciones de inconstitucionalidad, la SCBA comprobó por secretaría que había pendientes alrededor de setecientos causa exactamente iguales con lo que el doctor Negri propuso al acuerdo el dictado de una sentencia con alcances generales más la propuesta, que consideramos la correcta, no tuvo acogida y sólo se inaplicó al caso pero ordenándose al ejecutivo la modificación de la norma.

³⁴ En el citado fallo “Itzcovich” se tuvo muy presente “que en orden a la distribución constitucional de poderes, el Congreso Federal debe establecer las competencias, pero esta atribución *no puede ser ejercida de modo que perturbe y hasta neutralice la función de control de constitucionalidad* asignada por la Constitución al Poder Judicial, acudiendo a la potestad de agotar la capacidad juzgadora de sus órganos y menos aún de su última instancia constitucional. Si se admitiese la atribución del Congreso Federal en tan ilimitada medida: a) *se produciría una quiebra del sistema de frenos y contrapesos constitucional, impidiendo la función controladora asignada al Poder Judicial*; b) *se reconocería al Legislativo la potestad de colapsar al Poder Judicial o a su órgano de última instancia*; c) *mediante el expediente de producir colapso, el Poder Legislativo podría desprestigiar públicamente a esta Corte o a cualquier otro órgano judicial, y d) en definitiva se desbarataría la división de poderes y su racional equilibrio de recíprocos controles, o sea e) se derrumbaría el sistema republicano (del excelente voto de los doctores Maqueda y Zaffaroni).* (La bastardilla nos pertenece). Ocioso será aclarar que compartimos en plenitud estos argumentos.

mejora la calidad del engranaje de controles recíprocos pues los pone en un grado equilibrado de efectividad. Incluso más, impide el abuso del legislativo quien, en la actualidad, tiene la virtualidad de neutralizar el funcionamiento de la justicia, con lo cual, es el mantenimiento del *status quo* lo que genera la ruptura del balance entre poderes resultando inaceptable, en una república que se precie de adulta, seguir interpretando de manera restringida el alcance de las sentencias del titular de uno de los poderes cuando decide sobre la tónica. En el Estado hodierno “no parece, entonces, excesivo reconocer fuerza expansiva a las sentencias de ese órgano ¿supremo? que contengan declaraciones referidas a los alcances de las normas constitucionales y a la compatibilidad de la legislación inferior con sus dispositivos”³⁵.

No dudamos en insistir, la posibilidad de que la Corte pueda declarar con alcances generales la inconstitucionalidad de las normas, lejos de violar el paradigma de los *checks and balances*, *mejora el funcionamiento sistémico todo cuando tenemos presente que la mentada división de los poderes del Estado es una ficción si alguno de ellos, amparándose en ella, puede actuar sobre otro sin temer una reacción acorde con su acción*³⁶. Y esta es la situación en que se encuentra nuestro país –al menos a nivel nacional– salvo escasas excepciones como las que se han citado³⁷.

§8. Desde la óptica funcional, tampoco puede considerarse violado el instrumento³⁸ examinado si se atiende a la verdadera naturaleza y modo en que se ejercen cada uno de los roles estatales. Aquí hay dos órdenes de argumentos a tener en cuenta.

8.1. Cuando hace más de cuarenta años Bidart Campos defendía la posibilidad del dictado de sentencias generales³⁹ por la CSJN, explicaba que los caracteres de generalidad y abstracción de la ley no son tipificantes de la actividad legislativa, pues basta acudir a los conceptos de ley en sentido formal y ley en sentido material para verificar que, la segunda, no requiere ser dictada por el órgano legislativo⁴⁰. En rigor,

³⁵ Morello, Augusto M - Quevedo Mendoza, Efraín, *Efectos generales de determinadas sentencias de la Corte Suprema*, JA, 2003-I-1271.

³⁶ Lo apuntado atenta, incluso, contra un postulado básico de la física que enseña que a toda acción le corresponde una reacción de intensidad paralela.

³⁷ Cabe agregar aquí el harto conocido caso “Monges” (CSJN, M.399.XXXII, 26/12/96) y sus derivados “Barsanti” y “Blas”; CNCont.Adm.Fed, Sala I, 27/11/97 y 20/11/97, respectivamente. Para la discusión que se generó en torno al mismo, véase: Garay, Alberto F. - Toranzo, Alejo, *Los efectos de las sentencias de la CSJN*, JA, 2005-IV-1085 y ss.; Mairal, Héctor, *Los efectos de las sentencias de la CSJN*, ED, 177-795 y ss.; finalmente, véase la crítica que a las opiniones de éstos –y que compartimos– realiza Berizonce, *Sobrecarga, misión institucional de los tribunales superiores y desahogo del sistema judicial*, p. 466, nota al pie, n° 96, donde dice que los argumentos de Mairal en cuanto al efecto indirecto y el de Garay - Toranzo relativo a los *obiter dictum*, resultan sesgados pues no advierten que los estudiantes podían valerse por sí mismos y directamente de la sentencia.

³⁸ Pues, en definitiva como hemos adelantado, la doctrina de la separación de los poderes no es más que un instrumento –un medio– para lograr limitar el poder y así, asegurar la libertad e igualdad de los individuos que conforman el conglomerado social de un Estado.

³⁹ Bidart Campos, *Relaciones de la jurisprudencia vinculatoria con la división de poderes y la igualdad jurídica*, LL, 98-751.

⁴⁰ Bidart Campos, *Relaciones de la jurisprudencia vinculatoria con la división de poderes y la igualdad jurídica*, LL, 98-752. “Pues bien, si las leyes en sentido material no requieren derivar del órgano legislativo y no se consideran lesivas al principio de la separación de poderes, tampoco habrían de serlo las sentencias con similar efecto vinculante. Y aquí aparece un argumento a nuestro favor. No es la generalidad ni la obligatoriedad las que definen una norma como legislativa, porque el

según la doctrina de la novedad jurídica, el dato determinante de una norma como ley es su función de crear derecho nuevo⁴¹, o sea, su carácter de novedad dentro del ordenamiento jurídico; asimismo, en tanto el juez no crea derecho de manera originaria sino, inversamente, la sentencia será una norma de tipo derivada, no se puede entender que aquél se exceda en sus límites y se irroge actividad legisferante cuando se otorga carácter general a su decisión abarcando en el seno de su autoridad extensiva a los demás jueces y a los particulares, e incluso a la administración⁴².

8.2. No obstante lo dicho, compartimos lo expuesto mas sólo en cuanto justificación del alcance general de las sentencias toda vez que, desde el plano teórico y fáctico, resulta innegable, cada vez más en la actualidad, la esencia creativa de la función jurisdiccional⁴³ y, en este sentido, la innovación jurídica susceptible de concretarse en una sentencia.

Ocurre que la diferencia entre juez y legislador no radica en que éste crea derecho (*rectius*: ley) mientras que el primero se limita sólo a aplicarlo. La caracterización del juez como la “boca inanimada que expresa las palabras de la ley” es una mera consideración del iluminismo francés pre revolucionario (1789), de naturaleza coyuntural, originada por la desconfianza que los partidarios del movimiento tenían respecto de los jueces en tanto resabio del *Ancien Regime*. Asimismo, dicho posicionamiento, era alimentado por el falso mito (valga la redundancia) del código perfecto, pues el mismo comprendía toda la realidad fáctica y tenía la capacidad de regular, de manera cerrada y completa, cualquier situación jurídica sin ningún tipo de laguna y con infalible coherencia⁴⁴; estas características, importaban la innecesariedad de integrarlo por medio de la interpretación judicial y la única función del juez consistía en encontrar la norma aplicable a las circunstancias del caso a decidir⁴⁵. Ocurre que el ímpetu racionalista de la época llevó a simplificar el derecho para formalizarlo en ley la que, en definitiva, no era sino la expresión de la voluntad del titular del poder totalmente desvinculada de su contenido concreto, “la ley se convierte así en pura forma, en acto sin contenido, es decir –para explicarnos mejor–, un acto

reglamento goza de esos caracteres, y sin embargo es función típica del Poder Ejecutivo en la economía de nuestra Constitución. (Aun admitiendo el contenido legislativo en sentido material de los reglamentos del Poder Ejecutivo, o sea el carácter de ley material, son actos del presidente de la República dentro de la división de poderes). De ahí que no pueda sostenerse que toda norma jurídica con carácter general, a la que pueda calificarse como ley en sentido material, implique delegación de facultades legislativas privativas del Congreso en otro órgano ajeno al Poder Legislativo”.

⁴¹ Bidart Campos, *Relaciones de la jurisprudencia vinculatoria con la división de poderes y la igualdad jurídica*, LL, 98-750. Las enseñanzas reseñadas en el texto son tomadas y compartidas por nuestro querido maestro Berizonce en *Sobrecarga, misión institucional de los tribunales superiores y desahogo del sistema judicial*, p. 448 y siguientes.

⁴² Conf. Constituição Federal (Brasil) art. 102, §2º según redacción de la Enmienda Constitucional n° 45 del 8/12/04.

⁴³ Véase: Taruffo, Michele, *Legalidad y justificación de la creación judicial del derecho*, en “Sobre las fronteras”, tr. de Beatriz Quintero, Bogotá, Temis, 2006, p. 177 y siguientes; Cappelletti, *Giudici legislatori?*; Berizonce, *Sobrecarga, misión institucional de los tribunales superiores y desahogo del sistema judicial*, p. 448 a 452.

⁴⁴ Conf. Vigo, Rodolfo L., *Del prometido derecho a través de normas al real derecho a través de principios*, LL, 21/5/07, p. 1.

⁴⁵ Por otro lado, desde esta perspectiva del silogismo jurídico (premisa mayor: norma; menor: hechos; conclusión: sentencia), no se puede decir, en rigor de verdad, que el juez decidía toda vez que carecía de posibilidad de elección (Taruffo, *Juicio: proceso, decisión*, en “Sobre las fronteras”, p. 151).

cuyo carácter legal no depende nunca de su contenido concreto sino siempre y sólo de su procedencia del único sujeto soberano⁴⁶. De esto la identificación que se dio posteriormente entre derecho y ley⁴⁷ o, al menos, de ésta como fuente primordial de aquél en tanto manifestación volitiva del detentador del poder –sea un monarca o la mayoría parlamentaria–; expresión ésta incuestionable ya que representaba la capacidad del legislador de hacer una lectura racional de la naturaleza de las cosas; finalmente, en tanto que lectura oficial, única válida⁴⁸. Ello así, la forma de desvincular al derecho de ese carácter violento y autoritario es concebir el proceso de producción de la norma como procedimiento que termina en el momento de su aplicación (precedida, desde luego, de su interpretación) y no con su aprobación⁴⁹; hito formativo de la realidad compleja que implica el derecho toda vez que el juez, al interpretar la norma, atribuye una significación concreta⁵⁰ a la misma acorde con la realidad contextual en que se aplicará.

Ello así, pues, si el juez al interpretar está determinando el significado de la norma y esto –además– es parte del procedimiento formativo de la misma, se puede concluir válidamente en que el mismo ejerce una actividad eminentemente creativa, con lo cual, sustancialmente es similar a la del legislador.

La diferencia, por ende, no es de esencia sino de grado⁵¹ toda vez que el último ejerce su función interpretando directamente a la Constitución que posee preceptos

⁴⁶ Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, tr. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, p. 33.

⁴⁷ El autor de cita concibe al derecho como ordenamiento dando esta brillante explicación para controvertir el reduccionismo ilustrado de entender como sinónimo ley y derecho: “Ordenamiento alude al acto de ordenar, de poner orden; y orden es noción valiosa al menos en un aspecto: se relaciona con la realidad inferior, la presupone en su onticidad si quiere conseguir el fin de ordenarla y no de coartarla; en consecuencia, registra y respeta toda complejidad. Asumir el derecho como ordenamiento tiene, así, el sentido de iniciar el intento de recuperar la complejidad, la compleja naturaleza del universo jurídico” (Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad*, p. 50). Párrafos más abajo dice que “la reducción tuvo y tiene sus valores positivos: el panorama jurídico es simple, por lo tanto claro; iluminado por una sabia dirección centralista, es también armonioso. En suma, un panorama persuasivo que a los ojos del historiador *tiene dos vicios graves: la abstracción y su consecuente carácter artificial*”. Finalmente remata: “La conclusión es clara, y es que el panorama jurídico, precisamente porque está inervado en la sociedad, es por su naturaleza complejo, y en esta complejidad debe ser respetado y recuperado. La edad moderna, edad de mitología jurídica, se ha contraído en un constringente horizonte de modelos y la complejidad de la experiencia jurídica ha sido notablemente sacrificada. *La visión potestativa del derecho, su estatalidad, su legalidad han construido un observatorio deformante, ya que, apuntando únicamente sobre el momento y sobre el acto de la producción, la regla jurídica se presenta como norma, es decir, como mandato autoritario del investido del poder*” (p. 53); lo destacado es nuestro.

⁴⁸ Suficiente para fundamentar lo que se dice apelando a recordar la prohibiciones, tanto de Justiniano como luego de Napoleón, de interpretar el Corpus y el Código respectivamente.

⁴⁹ Conf. Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad*, p. 59.

⁵⁰ Conf. Taruffo, *Legalidad y justificación de la creación judicial del derecho*, p. 179.

⁵¹ Conf. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, p. 16. Asimismo, similar conclusión cabe extraer de lo que enseña, respecto de una similar posición de un juez y un legislador, Piero Calamandrei al escribir que “así como el juez, para llegar a formular aquel concreto y específico mandato que es la sentencia, debe necesariamente arrancar de la ley abstracta respecto de la cual la sentencia es una especificación, así el legislador, cuando encuentra en la Constitución la enunciación de los criterios generales en los cuales la legislación ordinaria debe inspirarse, se ve obligado a ajustar a ello su voluntad normativa, de modo que la ley ordinaria venga a ser como una prosecución y una especificación de la voluntad genérica contenida en la disposición constitucional” (*La ilegitimidad constitucional de las*

bastante más amplios o abiertos que las leyes mientras que el juez, al ejercer la suya, debe interpretar a esta última (obviamente bajo el prisma de la primera, de no ser así hoy no estaríamos escribiendo) la cual, lógicamente, posee disposiciones mucho más específicas que dejan un margen de acción mucho menor que el constitucional.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, se puede verificar un creciente aumento de la creatividad judicial⁵² generado, entre otros factores, por la pérdida de referencia legislativa (la llamada “crisis de la legislación”) del juez no sólo ante la hiperinflación normativa –fuente de diversas superposiciones y contradicciones–, sino también frente a la incapacidad del legislador de adelantarse (o, de mínima, seguirle ritmo) a la cada vez más acelerada dinámica de la sociedad⁵³; igualmente, teniendo sólo a la vista el problema de la amplitud de los preceptos, con el advenimiento de un marco constitucional de prestaciones positivas por parte del Estado, las leyes mismas poseen conceptos mucho más vagos⁵⁴, con lo cual, el margen de movimiento de los jueces se amplían nuevamente.

Finalmente, entonces, la diferencia estructural entre las funciones que aquí se comentan, radica en los límites procesales de la función jurisdiccional ya que la creatividad de la misma no podrá ejercerse *ex novo* sino conforme su pasividad modal (la *virtù passiva* según enseñaba Cappelletti); ella implica: la imparcialidad del juez respecto de la causa, la necesidad de un caso o controversia y el ejercicio del derecho de acción como condición necesaria para que el juez pueda ejercer su potestad jurisdiccional⁵⁵.

No resulta complejo advertir ante las consideraciones realizadas aquí que, una sentencia con eficacia general, no significa necesariamente la concesión de funciones legislativas a la Corte pues ésta siempre ejercerá dicha facultad en el ámbito de un caso (art. 2º, ley 27) y conforme los límites procesales propios de la jurisdicción. En otras palabras, en tanto la *virtù passiva* es lo que caracteriza a un juez como tal,

leyes en el proceso civil, en “Instituciones de derecho procesal civil”, v. III, tr. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., El Foro, 1996, p. 54).

⁵² Resulta fundamental sobre el tema el profundo estudio realizado por Cappelletti, *Giudici legislatori?*

⁵³ Taruffo, *Legalidad y justificación de la creación judicial del derecho*, p. 185. Asimismo véase Berizonce, *Sobrecarga, misión institucional de los tribunales superiores y desahogo del sistema judicial*, p. 450 y 451, quien destaca como factores que aumentan la influencia de la jurisprudencia en nuestros días: “a) un mayor ‘activismo’ judicial en la interpretación del derecho, con su insito grado de discrecionalidad y consecuente creatividad; b) la creciente ‘inflación legislativa’ y consecuente desvalorización del marco normativo, producto de la ‘difuminación’ de la ley, cada vez más ‘lagunosa’ y plagada de preceptos ‘abiertos’, flexibles, conceptos indeterminados; c) el propio inmovilismo del legislador, que a menudo traslada a los jueces misiones más propias de aquel, para que asuman funciones de ‘suplencia judicial’; d) el impulso de una demanda de justicia progresivamente amplificada y cualitativamente más compleja que coloca a los jueces –no pueden ser ‘fugitivos de la realidad’– en la obligación de atender, ante requerimientos siempre perentorios de efectividad de las garantías”.

⁵⁴ Conf. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, p. 50.

⁵⁵ Cappelletti, *Giudici legislatori?*, p. 64 a 67. Señala el discípulo de Calamandrei que “da un punto di vista sostanziale sia il processo giudiziario quello legislativo risultano nella creazioni di diritto: entrambi sono ‘law-making processes’. Ma diverso è il modo, o si se preferisce, la *procedura* o *struttura*, di questi due procedimenti di formazione del diritto: e si tratta di una differenza che merita essere sottolineata, a scampo di confusioni ed equivoci pericolosi. Un buon giudice può essere creativo, dinamico, ‘attivista’, e palesarsi come tale; ma solo un cattivo giudice agirebbe nelle forme e modalità di un legislatore, chè anzi a mio giudizio un giudice, il quale agisse in tal guisa, ceserebbe semplicemente di esser giudice” (p. 64).

no importa la extensión que se atribuya a sus sentencias siempre que la respete pues, en definitiva, esa es la diferenciación estructural con las otras ramas del gobierno.

§9. Para finalizar este apartado, cabe destacar que en nuestro sistema la problemática del control de constitucionalidad se configura como un conflicto objetivo de normas⁵⁶; esto es: habiendo una situación concreta respecto de la cual son aplicables, en un mismo período temporal, dos normas incompatibles, necesariamente quien es llamado a decidir sobre ella –el juez– deberá establecer cuál es la que integrará el juicio de derecho de la causa. Explicado con otro giro, como no se puede concebir –desde el plano lógico– que una misma conducta esté regulada por dos normas contradictorias, resulta necesario que el magistrado determine cuál prevalece y, en el ámbito de una Constitución rígida y suprema, es obvio que cuando el conflicto se configura entre ésta y la ley ordinaria la primera es la única que puede ser considerada aplicable. Por ende, en rigor de verdad, la facultad que los jueces tienen de declarar la norma inconstitucional, no es sino el propio ejercicio de su función que implica escoger la norma aplicable al caso que se le presenta⁵⁷.

Ello así, vemos que la cuestión se limita –nada más pero nada menos– a un problema de interpretación –lo que incluye la valoración– coherente y sistemática del ordenamiento jurídico (presidido por la Constitución), con lo cual, si el análisis de la relación entre la Ley Suprema y una inferior arroja como resultado la incompatibilidad constitucional de la segunda con su correspondiente declaración y, además, es realizado por quien tiene la última palabra sobre el tópico, es natural que se asigne a dicha declaración una extensión acorde con la calidad de intérprete final de la Corte⁵⁸.

Del otro lado si, como destacamos, la resolución del problema de la inconstitucionalidad de la norma es en realidad la misión propia de los jueces en tanto que encargados de determinar –con la autoridad de sus sentencias– el alcance de la aplicabilidad de las mismas, se puede advertir que su naturaleza no variará si la definición de dicho problema posee una eficacia general; esto último no es más que una cuestión de efecto o resultado⁵⁹ pero en modo alguno tiene una virtualidad susceptible de modificar la esencia de la declaración de inconstitucionalidad: “si se puede desaplicar ‘en’ y ‘para’ el caso una ley que se declara inconstitucional (*efecto restringido* o ‘inter-partes’) se puede también ‘derogar’ o abrogar la ley como ‘efecto’ de la sentencia declarativa de su inconstitucionalidad (*efecto general* o *erga omnes*)”⁶⁰.

⁵⁶ Conf. Calamandrei, *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, p. 101 a 103; Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, Bs. As., Ediar, 1995, p. 500 y ss. cuando enseña magistralmente que es una cuestión de derecho y por eso se puede declarar de oficio; Morello - Quevedo Mendoza, *Efectos generales de determinadas sentencias de la Corte Suprema*, JA, 2003-I-1270.

⁵⁷ Calamandrei, *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, p. 101.

⁵⁸ En este sentido Morello - Quevedo Mendoza, *Efectos generales de determinadas sentencias de la Corte Suprema*, JA, 2003-I-1270.

⁵⁹ Conf. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, p. 512.

⁶⁰ Conf. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, p. 512.

En definitiva, desde la mirilla de esta oposición objetiva de normas, ocurre que un ordenamiento jurídico regido por una Constitución limitada⁶¹ no puede tolerar la existencia de leyes que la opongan o contradigan⁶², que sean incompatibles en fin, toda vez que la mera subsistencia de una de ellas implica el desconocimiento de la supremacía constitucional y, por decantación, la evanescencia de su realidad fáctica, de su eficacia; en el fondo, entraña un reconocimiento tácito de mayor poder al mandatario que al mandante, a los poderes delegados sobre el delegante (*infra*, ap. V). De modo más directo, *cada norma incompatible con la Constitución es un grano de arena que erosiona al Estado de derecho y la única función estatal susceptible de remediar tal desviación no es otra que la que establece el significado del ordenamiento jurídico, función reservada al Poder Judicial y, muy especialmente, a su órgano cimero: la Corte*. Entonces, ante esta evidencia, no hay razón que justifique mantener en cotos estrechos a sus declaraciones de inconstitucionalidad.

No obstante, vale realizar una aclaración. En esta actividad, la Corte debe ser prudente en delimitar correctamente el tipo de inconstitucionalidad de la norma pues, lo que se dijo en último término, es sólo válido ante una norma inconstitucional *per se* (*void on its face*), mas es necesario separar este caso del de las inconstitucionalidades relativas, donde la ilegitimidad resulta de su aplicación (por esto la doctrina americana las llama *void as applied*), y no de su texto; aquí, obviamente, la declaración no será tanto de *inconstitucionalidad* sino, más bien, de *inaplicabilidad* y sus efectos serán restringidos al caso. En síntesis, sólo será necesaria la eficacia *erga omnes* de la declaración cuando la norma cuestionada sea inconstitucional *in abstracto* pero no cuando la incompatibilidad surge de la aplicación a un determinado conjunto de circunstancias fácticas.

Para terminar conviene destacar que, el hecho de que la cuestión de constitucionalidad sea un conflicto objetivo de normas, es razón suficiente para extender *erga omnes* sólo a las sentencias declarativas de *inconstitucionalidad*, mas no las que desestiman esos planteos ya que el devenir histórico puede hacer variar el alcance de los preceptos constitucionales, y de esta manera, cualquier norma puede potencialmente sobrevenir inconstitucional. Pero lo opuesto no puede suceder; en efecto, constatada por una vez la incompatibilidad de la norma inferior, si aquella situación absurda, señalada más arriba, de que a un mismo plano de conducta no le puede ser aplicable, en un mismo momento, dos normas contradictorias. Ello así, develada por una vez la inconstitucionalidad en sí misma de una norma, tiene que desaparecer del mundo jurídico (Goldschmidt); inversamente, no importa cuántas veces se confirme como constitucional un precepto determinado pues, si alguna vez deviene inconstitucional, recién se dará en ese momento aquella dicotomía lógica y, consecuentemente, deberá ser eliminada.

⁶¹ “Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa” (Hamilton - Madison - Jay, *El federalista*, n° LXXVIII, p. 331).

⁶² Conf. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, p. 511. También se expresa en sentido similar Arruda Alvim que “As Constituições podem ser consideradas como sendo a síntese da vida jurídica, econômica e social de um povo, que se impõe, a si mesmo, normas fundamentais e, ipso facto, impõe referenciais e limites ao legislador ordinário. Isto faz com que nasça a possibilidade de, no plano real (= fático), surgirem normas que venham a colidir com o texto constitucional e que, por tanto, não podem subsistir” (*Manual de direito processual civil*, 9ª ed., p. 170; 10ª ed., p. 185).

4. Acceso igualitario a un orden jurídico justo

§10. Hemos puesto en destaque más arriba que el principio de división de poderes, lejos de ser un fin en sí mismo, constituye un medio preordenado a garantizar la libertad del individuo y, correlativamente, la igualdad dado que cada una de ellas depende de la otra en su cerrado círculo de recíproca influencia.

Dada esa naturaleza instrumental del mentado principio es evidente entonces que el mismo no puede devenir en obstáculo respecto de los objetivos que dan razón a su existencia⁶³; así pues, mal podría considerarse que la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales vulnera la separación de funciones cuando, en realidad, ella misma se erige como garantía de la igualdad jurídica en concreto.

§11. Invirtiendo los términos, a la altura que estamos en este estudio, parece válido realizar la siguiente indagación: cuando la Corte declara la inconstitucionalidad de una norma entendiendo que adolece de nulidad *on its face*, lo que quiere decir –en rigor– que esa decisión valdrá de igual manera para todas las circunstancias a las que, *ab initio*, dicha norma resulta aplicable pues su incompatibilidad surge de un análisis abstracto en el cotejo del texto constitucional con el de la ley inferior y, en este sentido, desde el plano hipotético puede decirse que esa declaración es separable de los hechos de la causa; asignarle efectos restringidos, ¿no resulta violatorio del derecho a la igualdad de todos aquellos que no pueden acceder a obtener tal declaración de parte de un tribunal? cuando, en el fondo, esta es la única valla que les impide invertir el avance sobre sus derechos pues, de superársela, conseguirían fácilmente esa declaración gracias a la autoridad de las sentencias de la CSJN, ¿no sería mejor poder valerse, en estas situaciones, directamente y por sí mismo de esa sentencia anterior? Adelantando la respuesta creemos que sí.

Mirando esta circunstancia a través de la lupa del acceso a la justicia esta situación se nos aparece como fuente de más discriminaciones y, consecuentemente, genera nuevas exclusiones ensanchando la brecha entre “vencedores” y “vencidos”, entre quienes pueden acceder a un proceso y quienes no. En síntesis, se nos figura que podemos hablar de una especie de *excluidos al cuadrado* pues, quienes vieron violados sus derechos fundamentales, además, padecen la impotencia de sentirse incapaces de reaccionar contra ello por medio de los cauces legítimos con un efecto multiplicador de las desilusiones, desesperanzas, de las frustraciones. *La declaración de inconstitucionalidad con alcances restringidos se posiciona así como el paradójico hito que restablece la supremacía constitucional en el exacto momento en que viola uno de los pilares estructurales del pacto fundamental de convivencia recíproca.*

Las víctimas de estas circunstancias siempre son las mismas, los más débiles, quienes deberán asistir impávidos al espectáculo del avasallamiento de sus derechos pues su falta de recursos (económicos, sociales, culturales, etc.) se levanta como el muro que les impide acceder a los tribunales para conseguir la declaración de inconstitucionalidad para su caso (igual al de todos los demás); esto es lo fundamental, pues es sólo la imposibilidad de acceso lo que los deja en esa situación de *outsiders*, situados por fuera del marco constitucional que para ellos será sólo un

⁶³ En el ámbito del proceso esto ha quedado más que claro con la doctrina del *exceso ritual manifiesto*.

soñado catálogo de ilusiones⁶⁴. Así, el reconocimiento de las libertades fundamentales carece de vigencia en tanto deja, al menos para estos “excluidos al cuadrado”, de ser un reconocimiento garantido⁶⁵ de ellas.

Haciendo una pequeña digresión es interesante comentar que se ha llegado a decir, ya no que conviene hacer extensiva la eficacia de la sentencia de inconstitucionalidad sino que, incluso, la decisión que hizo cosa juzgada fallando conforme la norma que luego fue declarada constitucional debe desaparecer del mundo jurídico sin necesidad de acción revocatoria toda vez que recayó sobre un objeto improponible (según esta postura la pretensión basada en una norma inconstitucional es objetivamente improponible); es más, para esta doctrina resulta inconstitucional “essa sobrevivência de decisões anteriores por ferir de morte o princípio da isonomia”⁶⁶. Si bien no compartimos este enclave, fundamentalmente, desde el plano de lo práctico porque no habría seguridad jurídica alguna⁶⁷, estamos de acuerdo en lo relativo a la igualdad (repetimos, lo único que obsta nuestra aceptación, es una cuestión práctica) y nos refuerza en nuestra postura de la necesidad de la cosa juzgada *erga omnes*.

§12. Es aquí donde vemos que la declaración con eficacia *erga omnes* se instaura como un adecuado método para mantener el orden jurídico en un plano isonómico sin que haya una Constitución para los “fuertes” que pueden defenderla y otra para los débiles, ya que estos últimos podrán valerse de la potencia de aquel que pudo –porque puede– llegar.

5. La legitimidad democrática de los jueces

§13. Respecto de lo que se planteó hasta aquí, podría oponerse el consabido argumento del carácter contra-mayoritario, y en consecuencia antidemocrático, del Poder Judicial⁶⁸ –el que por otra parte, fue el que siempre se opuso al control de constitucionalidad de las normas, incluso de carácter *inter partes*– que aquí se potenciaría por la extensión de los efectos que se proponen.

No obstante, en primer término, parece que los mentores de ese argumento no advierten que es el mismo el que valida y da contenido a la posición contraria⁶⁹ por

⁶⁴ Baste pensar en todos los jubilados que *habrían quedado sin tutela* si, por ejemplo, *in re* “Badaro”, la CSJN (8/8/06, ED, 219-34 y ss.), no hubiera ordenado comunicar al PE y al PL para que cesen en la omisión de disponer un ajuste por movilidad, solucionando la inconstitucional omisión para todos los que estaban en igual situación (aun cuando, todavía, esa orden no se cumplió). Lo mismo vale para el citado “Monges”, para “Fernández” de la SCBA, etcétera.

⁶⁵ Morello, *Constitución y proceso*, p. 14.

⁶⁶ Alvim, Thereza, *Repensando a coisa julgada*, “Revista Autônoma de Processo”, Curitiba, Juruá, n° 2 jan./mar. 2007, p. 314 y 315. También desde el plano de la relativización de la cosa juzgada, puede verse una postura contraria a ésta en Marinoni, Luiz G., *O princípio de segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)*, RIDP, año IV, n° 6, 2004, p. 259 y ss. lo que se refiere a lo explicado en p. 264 a 275.

⁶⁷ Con el devenir de los tiempos, cualquier ley potencialmente podría caer en inconstitucionalidad sobreviniente.

⁶⁸ Estudio profundo sobre el tema: Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contra-mayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

⁶⁹ Conf. Arazi, Roland, *Control de constitucionalidad*, en Berizonce - Hitters - Oteiza, “El papel de los tribunales superiores”, p. 134. Dice el autor que “la objeción precedente puede tomarse tam-

cuanto es misión propia de esta rama del gobierno la de funcionar como dispositivo contra-mayoritario en tanto “cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura”⁷⁰. En efecto, se puede recordar aquí el planteo que hacían los *levellers*: hay que proteger a la ciudadanía aun frente a sus representantes, encontrando suficiente la redacción de una Constitución escrita. Sin embargo, si bien la propuesta es lógicamente válida, adolecía del formalismo propio de la época, en tanto no advirtieron que no basta tener un reconocimiento de libertades fundamentales si ellas no tienen la garantía necesaria para efectivizarse en concreto. De nada sirve un *bill of rights* supraordinado a la ley, si puede ser desconocido por el legislador común.

En segundo lugar, la mayoría carece de autoridad en cuanto tal y es suficientemente demostrativo de esto el hecho de la existencia de la minoría⁷¹; ello así, la mayoría, en tanto que mayoría, no tiene más que *fuerza* (donde no hay autoridad, las reacciones sólo pueden ser suprimidas por la fuerza) dado que la minoría renuncia a actualizar su posibilidad de reacción de manera consciente pero no voluntaria⁷², lo hace sabiendo la inutilidad de esa reacción y, de esta manera, se descubre a sí misma como una herramienta inerte frente a la primera cuando utiliza esa superioridad para imponerse abusivamente sancionando normas inconstitucionales⁷³; con lo cual, el freno a este avasallamiento radicaría, primero, en el veto presidencial mas, convalidada la ley por el Poder Ejecutivo, se erige el Poder Judicial como último bastión, garantía final de las libertades fundamentales y, así, se puede eliminar ese contenido potestativo de la ley. Es que la bóveda jurídica de la Constitución y, a su través, del derecho internacional de los derechos humanos, es un núcleo duro que no se puede suspender⁷⁴ frente al cual no basta oponer el argumento de que fue una decisión “democráticamente” tomada por la mayoría.

Por otro lado, es claro que el mandato dado al legislador, es válido sólo en cuanto al ejercicio regular del mismo pues no puede concebirse, en tanto poder delegado, se le haya otorgado un mandato absoluto que incluso puede sobrepasar los límites dados por su mandante; entonces, se puede concluir que el mandante instituyó un mecanismo (proceso y jurisdicción) para mantenerlo en sus cotos, y así, el

bién a favor del control de constitucionalidad porque, precisamente, los jueces tienen, entre otros, el deber de asegurar los derechos de las minorías”.

⁷⁰ Hamilton - Madison - Jay, *El federalista*, LXXVIII, p. 332 y sigue ahí: “con la finalidad, entre otras, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad”.

⁷¹ Kòjeve, *La noción de autoridad*, p. 61.

⁷² Kòjeve, *La noción de autoridad*, p. 62. Para resultar más claro lo que se dice en el texto, conviene explicar que el autor que seguimos en esto define, y coincidimos, a la autoridad y al acto autoritario como una relación entre agente y paciente en tanto que “*posibilidad* que tiene el agente de actuar sobre los demás (o sobre otro), sin que esos otros *reaccionen* contra él, siendo totalmente capaces de hacerlo. O *también*: actuando con *autoridad*, el agente puede cambiar el dato humano exterior, sin experimentar una reacción, es decir sin que cambie él mismo en función de su acción”. Finalmente, el acto “*autoritario* se distingue de todos los demás por el hecho de que no encuentra *oposición* por parte de quien, o de quienes, es el destinatario. Lo que presupone, por una parte, la *posibilidad* de una oposición y, por la otra, la renuncia *consciente* y *voluntaria* a la realización de esa posibilidad” (p. 36).

⁷³ De los cientos de ejemplos sobre esto basta recordar, entre los más actuales, la ley que otorgó superpoderes sobre el presupuesto al jefe de gabinete y la reforma del Consejo de la Magistratura Nacional.

⁷⁴ García Morelos, *Aspectos procesales del control de constitucionalidad de las normas jurídicas en México*, p.187.

carácter contra-mayoritario de la judicatura lejos de ser antidemocrático, es su propia razón de ser.

§14. Aun dejando de lado estas razones, la democracia no se reduce al sistema de “mayoría” y sufragio popular sino que la misma implica, sobre todas las cosas, participación⁷⁵; en este sentido, el proceso es esencialmente participativo gracias a su principio de contradicción⁷⁶ que, incluso, es parte de su definición si se entiende por proceso a un procedimiento en contradictorio⁷⁷. Pudiéndose agregar que este proceso termina con una sentencia motivada que justifica la decisión tomada por el juez –dándose al público la razón de este acto de autoridad y los elementos para controlarla tanto por las partes a través de los recursos como, en general, la sociedad entera por medio de la opinión pública–, lo que no hacen los otros poderes cuando dictan los actos propios de su competencia⁷⁸.

§15. Finalmente, si además de participación la democracia es representación, el proceso no puede concebirse como antidemocrático en tanto mejor a la representatividad general del sistema pues tiene –aun con sus defectos– un acceso mucho más amplio que los procesos políticos; incluso más, otorga capacidad de reacción legítima a la minoría que en el proceso político tuvo que someterse a la *fuerza* que sobre ella ejerce la mayoría.

6. Conclusiones

Si bien ameritan una mayor profundización, modestamente confiamos en haber dado ciertas pautas que permitan romper con resquemores provenientes de una rígida tradición que ya no es válida, que no se ajusta al dinamismo de esta época caracterizada, justamente, por una especie de liquidez donde el jurista debe caminar tanteando el suelo pues éste no es del todo firme; sin embargo es el marco propicio para imaginar nuevas soluciones, gracias a ello se tiene la posibilidad de liberar el pensamiento de los duros moldes en que, una tradición valorada totémicamente, lo mantenía encerrado.

Finalmente, se puede concluir que las sentencias declarativas de inconstitucionalidad dictadas por la CSJN, en su carácter de intérprete final de la norma fundamental, no sólo son susceptibles de tener una eficacia general sino que ello es recomendable en tanto lejos de quebrar la división de poderes, la refuerza en orden a que:

a) Otorga al Poder Judicial una capacidad de reacción acorde con la acción del legislador cuando sanciona una norma que resulta inconstitucional en sí misma (*void on its face*). Así, el poder estaría realmente dividido y no simplemente fraccionado con “cuotas” diferenciales.

b) Tampoco lo hace en cuanto no es la generalidad y abstracción lo que tipifica a la función legislativa, sino su carácter innovativo *en un grado* mayor a las demás

⁷⁵ Conf. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, p. 89.

⁷⁶ Cappelletti, *Giudici legislatori?*, p. 90.

⁷⁷ Dinamarco, *A Instrumentalidade do processo*, p. 152.

⁷⁸ García Morelos, *Aspectos procesales del control de constitucionalidad de las normas jurídicas en México*, p.187.

funciones estatales. Del otro lado, aun cuando la jurisdicción también sea eminentemente creativa, se diferencia de la creación legislativa por sus límites procesales y, en definitiva esta es su nota definitoria, con lo cual, una declaración con alcances generales jamás violará la separación de poderes mientras sea ejercida según la virtud pasiva propia de esta rama del gobierno (a pedido de parte, dentro de *cases and controversies*).

c) Asimismo, por cuanto la cuestión de constitucionalidad se configura como un conflicto objetivo de normas y es misión propia de la jurisdicción la de establecer el significado y alcance del ordenamiento jurídico; al realizarse con alcances generales, no se tergiversa ontológicamente esta función sino que sólo es una cuestión de efecto o resultado.

d) Finalmente, lo más importante, tiende a la efectividad de la igualdad material porque aquellos imposibilitados de un adecuado acceso a la justicia, se valdrán de la potencia de los que sí pueden acceder.

Editorial Astrea, 2008. Todos los derechos reservados.

