

*La cosa juzgada y el control constitucional**

Por Analía V. Reyes

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Const. de la CABA) otorga competencia al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) para declarar la inconstitucionalidad de una norma de carácter general emanada de la Legislatura local que sea contraria a aquélla o a la Constitución nacional y establece que esa declaración hace perder vigencia a la ley si la Legislatura no la ratifica, dentro del plazo de tres meses, con la mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. Esta clase de control constitucional implica una sentencia con efectos de cosa juzgada derogatorios –efecto *erga omnes*–, en tanto, la mayoría requerida para mantener la norma dentro del ordenamiento jurídico y el tiempo en que debería obtenerse constituyen una condición de difícil cumplimiento. Así, en vistas al régimen republicano de gobierno y al principio de división de poderes, se pone en duda la constitucionalidad del control consagrado.

1. El control de constitucionalidad del artículo 113, inciso 2 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El art. 113, inc. 2 de la Const. de la CABA prevé que “Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: ... 2) originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior”.

Según la normativa citada, el TSJ ejerce un control judicial constitucional concentrado, abstracto y con efectos *erga omnes*¹, es decir: a) tiene competencia originaria y exclusiva para conocer en las acciones declarativas de inconstitucionalidad de una norma de carácter general local; b) el Tribunal no resuelve conflictos intersubjetivos sino internormativos², y c) lo resuelto por el TSJ invalida –deroga³– la norma inconstitucional –en el caso de una ley, siempre que la Legislatura no la ratifique–.

* Extraído de la ponencia presentada al V Encuentro Nacional de Jóvenes Procesalistas, La Plata, 10 y 11 de octubre de 2008. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Lombardo, María F., *Notas sobre el control judicial en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Inconstitucionalidad de la ley y reenvío a la Legislatura*, LL, 2007-A-916.

² Slaibe, María E., Comentario sobre la obra de Trionfetti, Víctor, *Acción declarativa de inconstitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, LL, 2000-D-1387.

³ Vallejos, Roxana, *El efecto expansivo de la declaración judicial de inconstitucionalidad en la Provincia de Tierra del Fuego*, LLPatagonia, 2005-1323.

Existe jurisprudencia del TSJ en la cual se ha analizado esta clase de control, así en un fallo se dijo que “No puede confundirse el control concentrado y abstracto de constitucionalidad, a cargo de este Tribunal, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas. La acción directa de inconstitucionalidad, tal como lo dispone el art. 113, inc. 2 de la Const. de la CABA tiene por único objeto impugnar ‘la validez de una norma de carácter general emanada de autoridades locales por ser contraria a la Constitución nacional o a esta Constitución’ y provocar la decisión de este Tribunal que, en el supuesto de que admitiera la falta de adecuación constitucional de la norma cuestionada acarreará la ‘pérdida de vigencia’ de aquélla. La sentencia no tiene otros efectos que el que se acaba de señalar. El control abstracto de constitucionalidad se encuentra, entonces, exclusivamente orientado a objetar normas de carácter general que se consideren contrarias a principios y preceptos establecidos en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Constitución nacional y no a obtener un pronunciamiento judicial respecto de la idoneidad jurídica de los actos por los que aquéllas fueran directamente aplicadas al accionante”⁴.

En síntesis, la Ciudad de Buenos Aires, organizó un sistema de control constitucional en el que sobresalen los siguientes caracteres: a) es un control de validez ejercido por el máximo tribunal del Poder Judicial de la Ciudad sobre normas de carácter general emanadas de las autoridades locales –cuando se trata de una ley, ésta debe ser aplicable aunque se encuentre derogada–⁵; b) la declaración de inconstitucionalidad hace perder la validez a la norma local en colisión con preceptos o principios constitucionales⁶; c) la norma se invalida con efecto general o *erga omnes* –derogación–, siempre y cuando se cumpla la condición suspensiva a la que queda sometida su invalidez y que consiste en la falta de ratificación por la Legislatura dentro del plazo de tres meses⁷, y d) si la Legislatura ratifica la norma, deja intactos –en el caso concreto– los efectos de la declaración de inconstitucionalidad pero, el actor deberá iniciar la pertinente acción ordinaria para obtener el reconocimiento de éstos ya que, en esta clase de control, no se analiza el acto aplicativo de la ley. Aquella ratificación, tampoco impide que los jueces declaren posteriormente, ante casos concretos, la inconstitucionalidad de la ley⁸.

Por último, dejo a salvo que el TSJ también ejerce un control de constitucionalidad difuso en los casos concretos, en consecuencia, la modalidad de control de constitucionalidad adoptada en la Constitución de la Ciudad Autónoma Buenos Aires corresponde a un sistema mixto⁹.

⁴ TSJ, 5/5/99, “Massalin Particulares SA c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. 31/99.

⁵ TSJ, 27/3/00, “Telstar SA c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. 221/00.

⁶ Machado Pelloni, Fernando M., *Control abstracto y concreto: aciertos y dudas en el cerco local al remedio federal*, LL, 2005-C-40.

⁷ Lombardo, *Notas sobre el control judicial en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Inconstitucionalidad de la ley y reenvío a la Legislatura*, LL, 2007-A-916.

⁸ Lombardo, *Notas sobre el control judicial en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Inconstitucionalidad de la ley y reenvío a la Legislatura*, LL, 2007-A-916.

⁹ Díaz, Mariana, *Paradigmas del control judicial difuso*, LL, 2006-F-1093.

2. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

La ley 402 que reglamenta los procedimientos ante el TSJ derivados de los supuestos contemplados en el art. 113 de la Const. de la CABA establece en su art. 24 que la norma pierde su vigencia desde el momento de la publicación en el Boletín Oficial de la sentencia que la declaró inconstitucional, si dentro de los tres meses de notificada a la Legislatura la sentencia declarativa, la ley no es ratificada por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.

La declaración de inconstitucionalidad invalida la norma, lo que importa excluirla del orden jurídico. Entonces, pérdida de vigencia equivale a derogación de la norma pero, en el caso de una ley, la derogación está sujeta al cumplimiento de la condición suspensiva expuesta anteriormente y sólo surte efectos desde la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial¹⁰.

En un caso especial se cuestionaba una norma de carácter general creada con anterioridad al dictado de la Constitución de la Ciudad; en ese caso se dispuso que la declaración de inconstitucionalidad no significa “derogación”, si ya se hubiera producido el acto derogatorio por otra autoridad competente, sino “no aplicabilidad”¹¹.

3. Efecto derogatorio de la cosa juzgada

Entendemos por cosa juzgada la cualidad de la sentencia que importa: a) su inimpugnabilidad, por ser insusceptible de un ataque directo mediante la interposición de un recurso o por haber precluido los que proceden contra ella –cosa juzgada en sentido formal–, y b) su inmutabilidad, por ser insusceptible de ataque indirecto a través de la apertura de un nuevo proceso, en el que se cuestione la misma consecuencia jurídica en ella declarada –cosa juzgada en sentido material–¹².

La sentencia que declara inconstitucional una ley local no sólo tiene los efectos tradicionales de la cosa juzgada –inimpugnabilidad e inmutabilidad– sino también, el efecto derogatorio, el cual, tal como quedó expuesto, invalida la norma general excluyéndola del ordenamiento jurídico e impidiendo que la autoridad local la aplique en lo sucesivo.

Si bien, la cláusula constitucional instrumentó un sistema de reenvío automático de la ley declarada inconstitucional al órgano legislativo con el fin de dejar en éste, el poder de mantener o no su vigencia, en realidad, estableció una condición suspensiva a la que queda sujeto el efecto derogatorio de la sentencia –falta de ratificación por la Legislatura–.

Por otro lado, el requisito exigido para mantener la vigencia de la ley –ratificación de la Legislatura dentro del plazo de tres meses– es de difícil cumplimiento; en efecto, la mayoría de dos tercios de los miembros presentes es una mayoría agravada¹³

¹⁰ Vallejos, *El efecto expansivo de la declaración judicial de inconstitucionalidad en la Provincia de Tierra del Fuego, LLPatagonia*, 2005-1323.

¹¹ TSJ, 27/3/00, “Telstar SA c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. 221/00.

¹² Palacio, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2003, p. 533 y 534.

¹³ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 333 y 334.

y su obtención en un órgano político, como es la Legislatura de la Ciudad, implica un gran trabajo; ello, si tenemos en cuenta –por un lado– el grado de consenso al que se debe llegar entre los distintos bloques políticos que la integran y, –por el otro– el breve tiempo del que disponen para ello. También, otro obstáculo para el logro de la mayoría, es el efecto vinculante de la decisión del TSJ, ya que al provenir del máximo órgano judicial local influye directamente en la decisión de los legisladores.

En síntesis, se ha consagrado en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los términos de Sagüés, un sistema de control constitucional decisorio con efectos *erga omnes* pues, el pronunciamiento del órgano de control tiene efectos vinculantes para el resto de los poderes del Estado y deroga a la regla jurídica violatoria de la ley suprema¹⁴.

El hecho del reenvío automático, como dije, no obsta a la conclusión expuesta. En tal sentido, aquel autor cita los sistemas que fueron adoptados en las Constituciones de Checoslovaquia de 1968 y Yugoslavia de 1974, la primera indicaba que las sentencias del Tribunal Constitucional serían publicadas en el Boletín Oficial, y que de declarar la discordancia entre una norma inferior y la Constitución, los órganos competentes estaban obligados, dentro de los seis meses contados desde el día de publicación del acuerdo del Tribunal Constitucional de la República Socialista Checoslovaca, a ajustar las disposiciones en cuestión a la Constitución de la República Socialista de Checoslovaquia; de no hacerse así, dichas disposiciones o la parte o precepto perdería toda vigencia a los seis meses de la publicación del acuerdo.

Por su parte, la Constitución de la ex Yugoslavia de 1974 brindaba la posibilidad al órgano que dictó la ley inconstitucional, de abolirla por sí mismo, sin embargo, cuando el órgano autor de la prescripción inconstitucional no la autoderoga en un plazo determinado, la norma en cuestión queda de todos modos borrada del derecho vigente, vencido aquel término.

Sin perjuicio de la pérdida de actualidad del análisis realizado por Sagüés en razón de los cambios de orden político ocurridos en los citados países –los cuales seguramente causaron la modificación de sus cartas magnas– interesa destacar que este autor calificó a esos sistemas como “decisorios con efectos *erga omnes*”. En mi opinión, también corresponde atribuir tal denominación, al sistema de reenvío en estudio –art. 113, inc. 2, Const. de la CABA–, ya que al igual que los dos anteriores, deja en manos del órgano legisferante el poder para evitar la derogación de la norma. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en la Ciudad Autónoma esa delegación es, en realidad, formal pues el requisito exigido para mantener la vigencia de la ley es de difícil cumplimiento según la explicación dada al comienzo de este punto.

Por otro lado, en el derecho público provincial también se ha adoptado esta clase de control. Así, el art. 208 de la Const. de la Provincia de Río Negro dispone –bajo denominación “abrogación”– “cuando el Superior Tribunal de Justicia en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial. Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Le-

¹⁴ Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. 1, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 2003, p. 181 y 182.

gislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo”¹⁵.

4. La seguridad jurídica, efecto derogatorio y el control abstracto de constitucionalidad

“El respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y por ello no es susceptible de modificación ni aún por vía de invocación de leyes de orden público, ya que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica es también exigencia del orden público con jerarquía superior”¹⁶. De este pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también, de otros, se sienta doctrina jurisprudencial acerca del instituto de la cosa juzgada y su relación con la seguridad jurídica, estableciendo su jerarquía constitucional al reconocer su fundamento en las garantías de la propiedad y la defensa en juicio¹⁷.

La inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme que importa el valor de la seguridad jurídica¹⁸, a su vez, se vincula con los efectos derogatorios de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad en los términos del art. 113, inc. 2 de la Const. de la CABA y, en particular, con el supuesto en que la norma declarada inconstitucional no es ratificada por la Legislatura y resulta efectivamente excluida del ordenamiento jurídico local. En este caso, ¿qué ocurre con los derechos adquiridos durante la vigencia de la ley derogada? ¿La sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de una ley tiene efectos retroactivos? ¿El control de constitucionalidad abstracto resguarda la seguridad jurídica o vulnera los derechos adquiridos?

Si entendemos que tiene efectos retroactivos o *ex tunc*, hacia atrás, se afectarían situaciones jurídicas ya consumadas o consolidadas. Por el contrario, si le adjudicamos efectos hacia el futuro, significa que no obstante la derogación de la ley, ésta mantendría ultra-activamente el efecto aplicativo ya logrado¹⁹.

En el sistema de control abstracto de constitucionalidad, si una ley es declarada válida, la ley 402, reglamentaria del procedimiento ante el TSJ, prevé en su art. 20: “si el Tribunal Superior rechaza la demanda, podrá en el futuro declarar la inadmisibilidad de una nueva acción declarativa de inconstitucionalidad, que se plantee respecto de la misma norma e invocando la lesión de idénticos principios, derechos o garantías constitucionales a los debatidos en la demanda previamente rechazada;

¹⁵ Vallejos, *El efecto expansivo de la declaración judicial de inconstitucionalidad en la Provincia de Tierra del Fuego, LLPatagonia*, 2005-1323.

¹⁶ CSJN, 11/12/07, “Batista, Walter H. s/causa 6507”, B. 2164. XLI, RHE; íd., 17/10/07, “Esquivel Barrionuevo, Víctor s/causa 6372”, E. 475, XLI, RHE, t. 330, p. 4.

¹⁷ CSJN, 6/5/08, “Mussano, María I. c/ANSES s/amparos y sumarisimos”, M. 576, XXXIX, ROR.

¹⁸ CSJN, 30/8/05, “Magnarelli, César A. c/Provincia de Misiones y otros s/cobro de pesos”, M. 2529, XXIX., t. 328, p. 3299.

¹⁹ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, Bs. As., Ediar, 1995, p. 513.

todo ello sin perjuicio del control difuso que pueda ejercerse sobre la norma”. De lo expuesto, surge que la sentencia declarativa de constitucionalidad produce efectos de cosa juzgada en sentido material, y en consecuencia, lo resuelto en el fallo no podrá ser tratado en un nuevo proceso con idéntico planteo.

Por otro lado, si una ley se declara inconstitucional y la condición suspensiva se cumple –falta de ratificación por la Legislatura–, el efecto de la cosa juzgada deroga la ley –efecto *erga omnes*–. Y esa declaración de inconstitucionalidad opera *ex nunc* (desde ahora, pro futuro), dejando subsistentes los efectos producidos desde la creación de la norma hasta su cesación por la sentencia²⁰.

En ambos casos los derechos adquiridos quedan inmutables, ello sin perjuicio de que puedan ser revisados o anulados mediante el control difuso de constitucionalidad –rederogación de la norma–²¹, el cual, como consecuencia del carácter declarativo de la sentencia, produce efectos de cosa juzgada retroactivos. Así, declarada una norma inconstitucional, debe considerársela como no sancionada para el caso concreto²².

Entonces, volviendo a aquel interrogante que relacionaba a la seguridad jurídica con el control abstracto de constitucionalidad, entiendo que el efecto derogatorio de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no vulnera los derechos adquiridos. En efecto, la ley resulta derogada pero continúa siendo aplicable a las situaciones jurídicas que nacieron durante su vigencia.

5. La inimpugnabilidad de la sentencia declarada inconstitucional y el Tribunal Superior de Justicia como intérprete final de la Constitución nacional

Se ha dicho que la cosa juzgada impone la inimpugnabilidad de la sentencia, en el sentido de que es insusceptible de ataque directo mediante la interposición de algún recurso²³.

La Constitución de Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece la competencia del TSJ para conocer en forma originaria y exclusiva en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución nacional o a aquella Constitución. A su vez, la ley 402 dispone en su art. 17 que “La acción declarativa de inconstitucionalidad tiene por exclusivo objeto el análisis de la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para determinar si son contrarias a esa Constitución o a la Constitución nacional”. De lo expuesto, se advierte que, el Tribunal Superior de Justicia es el intérprete final de la Constitución nacional en tanto, la sentencia que decide un conflicto entre una norma local y aquella es inimpugnable. El fundamento sería

²⁰ Vallejos, *El efecto expansivo de la declaración judicial de inconstitucionalidad en la Provincia de Tierra del Fuego, LLPatagonia*, 2005-1323.

²¹ Sagüés, *Sobre la “derogación” y “anulación” de leyes por el Poder Legislativo*, LL, 2005-A-518.

²² Sagüés, Néstor P., *Recurso extraordinario*, t. 1, Bs. As., Astrea, 2002, p. 182.

²³ CCivCom Mercedes, Sala II, 11/9/84, “Calderón, Pedro y otros c/Alpeggiani, Agustín C.”, LL, 1985-B-307.

que, tratándose de normas locales, le correspondería al máximo órgano judicial de la Ciudad, expedirse sobre su constitucionalidad²⁴.

En tal sentido nuestro Alto Tribunal declaró inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que rechazó la acción declarativa de inconstitucionalidad²⁵. La decisión encuentra su principal fundamento, según la mayoría, en la ausencia de “caso” o “causa”, en el sentido del art. 116 de la Const. Federal, art. 2° de la ley 27 y art. 14 de la ley 48. Para ello, valoró que en el marco de la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2 de la Const. de la CABA no se verifica “un conflicto intersubjetivo jurídicamente relevante, sino un puro conflicto internormativo”. Se trata de “un remedio preventivo cuyas proyecciones se circunscriben a asuntos locales... Este remedio, reglamentado por el art. 113, inc. 2, no se deduce ante una ‘cuestión’ particular y en una situación jurídicamente individualizada, según lo requiere atinadamente la CSJN”. Asimismo, precisó que “quienes cierran el paso hacia la revisión federal de aquellas cuestiones que podrían, planteadas en otras circunstancias, serlo, son: el propio actor que escoge la forma de su planteo, y las normas federales que recortan el ámbito de competencia de sus órganos judiciales”.

En mi opinión, al contrario de esa postura, tratándose de la interpretación de una norma o principio emanado de la Constitución nacional, debería ser la Corte Suprema de Justicia Nacional, el Tribunal competente para decidir el conflicto normativo del caso pero, con efectos inter-partes, es decir, sin derogar la norma reputada inconstitucional²⁶. Tal conclusión tiene su fundamento en el art. 116 de ese cuerpo legal en tanto, atribuye competencia a la Corte Suprema para conocer en las causas que versen sobre puntos regidos por aquélla. Y a su vez, el art. 31, de cuya interpretación surge que, el órgano encargado de hacer prevalecer la norma fundamental sobre el resto del ordenamiento jurídico es la Corte Federal, en consecuencia, ésta es su intérprete final²⁷.

Aduno a ello que, si aun, directamente no se planteara la cuestión federal, sabemos que todos los derechos tienen su base expresa o implícita en la Constitución nacional, por lo que siempre se trataría de una posible incongruencia de una norma con aquélla.

6. Justificación del control constitucional

Propongo analizar, a partir de este punto, la justificación del control judicial de constitucionalidad en general, y la modalidad de control concentrado y abstracto para luego examinar si, el sistema consagrado en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resulta válido, atendiendo a la forma de gobierno constitucionalmente adoptada.

²⁴ Ruffa, Federico J., *La improcedencia del recurso extraordinario federal contra las sentencias dictadas en el marco de la acción declarativa de inconstitucionalidad de la Constitución de la CABA*, LL, 2007-B-1073.

²⁵ TSJ, 31/3/05, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, LL, 2005-F-31, voto de los doctores Ruiz, Maier y Lozano.

²⁶ Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, p. 281.

²⁷ CSJN, “Pérez de Smith”, *Fallos*, 297:338.

El control judicial de constitucionalidad, según Nino, se encuentra justificado por los siguientes fundamentos: a) la supremacía de la Constitución, en tanto ésta determina la validez de las demás normas jurídicas y su pertenencia a un orden jurídico, en el caso de un conflicto entre la Constitución y una ley el juez debe aplicar aquélla; b) el reconocimiento de derechos, porque una de las funciones de la Constitución es establecer derechos, y los derechos son –por definición– límites o barreras a las decisiones de la mayoría en protección de intereses de individuos, si no hubiera control judicial de constitucionalidad no se reconocerían, entonces, derechos, ya que no habría límite alguno a las decisiones de la mayoría expresadas a través de órganos políticos como el Parlamento; c) la estructura del razonamiento práctico, por cuanto los jueces deben justificar sus decisiones en los principios que derivan de la Constitución.

A su vez, el argumento negativo, se funda en “la dificultad contramayoritaria”, ésta se basa en el hecho de que los jueces no tienen legitimidad democrática como para encarar las gravísimas cuestiones valorativas que deben encarar para justificar sus decisiones, los jueces no son elegidos directamente por el pueblo ni responden de sus decisiones ante él a través del debate colectivo²⁸.

Por último, descalifican ese argumento negativo los siguientes: a) los jueces como controladores del proceso democrático, ya que éstos están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez que permita al juez poner entre paréntesis, a los efectos de justificar una decisión, su propia reflexión individual; b) la protección de la autonomía individual, que implica que los jueces no son, en general, los últimos custodios de los derechos individuales, sino que es el propio proceso democrático el que debe ofrecer el escudo de protección final frente a tales derechos, y c) la continuidad de la práctica constitucional, ya que el juez no puede ignorar que, si bien las decisiones democráticas le sirven como indicio confiable para determinar los principios valorativos que debe aplicar a la práctica constitucional, su continuidad es condición para la eficacia y operatividad del mismo proceso democrático, además de sus propias decisiones como juez²⁹.

Este desarrollo de argumentos a su vez justifica la relación que tiene el Poder Judicial como sujeto controlador del Poder Legislativo a través de la declaración de inconstitucionalidad de las normas³⁰.

Cabe aclarar que el análisis realizado se basa en un Estado que ha adoptado la forma de gobierno republicana, uno de cuyos postulados consiste en la división de poderes, o sea que responde a un principio esencialmente político, cual es el de dividir el poder, debilitándolo, para asegurar de esa forma las libertades o los derechos individuales³¹. Así, lo expuesto resulta aplicable a la República Argentina.

²⁸ Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 2005, p. 673 a 688.

²⁹ Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 692 a 703.

³⁰ Sagüés, *Recurso extraordinario*, p. 87 a 90.

³¹ Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, p. 19.

7. Justificación del control judicial concentrado y abstracto de constitucionalidad

Se dice que, una de las ventajas del sistema de control judicial concentrado de constitucionalidad es que constituye una herramienta idónea para evitar que el ejercicio del control en el marco de un sistema difuso pueda dar lugar a soluciones diversas, vulnerando, así, el principio de igualdad de los justiciables³². Desde este punto de vista, importa un aporte fundamental a la vigencia del principio de igualdad.

Por otro lado, el control abstracto de constitucionalidad, opera como una tutela preventiva ante la afectación de principios y preceptos constitucionales, evitando la reiteración de violaciones concretas e individuales de derechos, y con ello la multiplicación en el futuro de reclamos análogos ante los tribunales³³.

Por su parte, el TSJ dijo en relación al tema que “la acción de inconstitucionalidad tiene la virtud de evitar el dispendio jurisdiccional que importaría la iniciación de acciones individuales concretas por todos los particulares afectados, para proteger sus derechos que ellos creen fundados constitucionalmente, y porque la práctica indica que muchos de ellos, por evitar molestias burocráticas o ante la incertidumbre –sobre todo temporal– de la solución judicial, no intentarían la acción. La diferencia de tratamiento, que se basa tan sólo en una diferencia temporal, no se justifica, ni siquiera prácticamente. Existe una diferencia de calidad y de fines entre la acción abstracta sobre la constitucionalidad de una regla y el control difuso de constitucionalidad, atribuido a todos los jueces. La primera, si consigue reconocimiento, evita que la norma sea *aplicada* en el futuro por los funcionarios, administrativos o judiciales, encargados de llevarla a la práctica (*efecto general y preventivo*); el segundo, si triunfa, impide, con referencia a situaciones pasadas (caso concreto), que la norma impugnada se aplique a la solución de *su caso* (*efecto individual y determinativo*)”³⁴.

8. El Tribunal Superior de Justicia como poder político

Dice Sagüés que si un órgano jurisdiccional puede vigilar la constitucionalidad de las normas, está desarrollando una notoria actividad política (en el sentido de tarea de gobierno, de poder moderador o poder control de los demás poderes)³⁵.

Por otro lado, el francés Benjamín Constant, teórico de la monarquía de los poderes limitados, fue el autor de la idea del poder moderador o poder de arbitraje citado por Sagüés y confería esa atribución al monarca: un rey que no tenía facultades de disposición, pero que tenía una función arbitral, una función moderadora para equilibrar los otros poderes del Estado, el Ejecutivo y el Legislativo. Es decir, para

³² Lombardo, *Notas sobre el control judicial en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Inconstitucionalidad de la ley y reenvío a la Legislatura*, LL, 2007-A-916.

³³ Musumeci, Gustavo A., *El control dual o paralelo de constitucionalidad como garantía de la jurisdicción constitucional en un Estado constitucional de derecho*, ponencia, VIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 2 y 3 de noviembre de 2006.

³⁴ TSJ, 27/3/00, “Telstar SA c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. 221/00, voto de los doctores Maier y Ruiz.

³⁵ Sagüés, *Recurso extraordinario*, p. 38.

ponerlos en sus carriles frente a cualquier exorbitancia de ellos o a cualquier avance de uno contra otro³⁶.

Hasta aquí vemos que, mientras el primer autor sostiene la idea del poder político de los jueces en cuanto órgano de control, el segundo la niega reservándolo en la figura del rey.

Desde otro punto de vista, Lambert, autor francés, hablaba del gobierno de los jueces. El expositor, al observar el ejercicio del control de constitucionalidad en la Corte norteamericana, concluyó en que la mayor parte de las medidas legislativas que el Congreso de Estados Unidos de América dictaba no tenía realmente valor definitivo hasta el momento en que la Corte Suprema no se expedía sobre su validez constitucional. Es ahí donde Lambert, luego observa que si por poder político se entiende lo mismo que decía Locke, o sea, la facultad de dictar, de ejecutar o de impedir la aplicación de una ley, entonces tienen poder político todos aquellos que cumplen una de esas funciones o que tienen en alguna medida ese poder. De tal modo que hay poder político no sólo cuando se tiene poder para establecer o para sancionar, como lo tiene el parlamento o el presidente cuando aplica, sino también cuando se tiene poder para impedir, para detener, como tienen los jueces cuando impiden la aplicación de una ley declarándola inconstitucional para un caso concreto. Es entonces que Lambert llega a la conclusión de que en los Estados Unidos de América los jueces tienen poder político porque ejercen el poder de impedir la aplicación de una ley y, en eso, tienen un poder de sustancia análoga a la de los otros dos poderes políticos, que son el Legislativo y el Ejecutivo³⁷.

La cita de estos tres autores me permite fundar la idea del Tribunal Superior de Justicia como poder político pues, por medio del ejercicio del control de constitucionalidad difuso y abstracto establece una relación de contralor sobre los otros poderes y, en especial, sobre el Legislativo cuando controla la validez de las leyes.

Pero, me interesa demostrar, sobre la base del concepto de poder político desarrollado por Lambert y Locke, que el Tribunal Superior de Justicia, en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad ha extralimitado esa función de contralor sobre el Legislativo, realizando actividades propias de éste, es decir, el resultado de aquel control –una sentencia declarativa de inconstitucionalidad de una ley pasada en autoridad de cosa juzgada con efectos derogatorios o *erga omnes*– constituye una violación del principio de división los poderes consagrado en nuestra Constitución, cuestión que se desarrolla en el punto siguiente.

9. Principio de división de poderes. Inconstitucionalidad del control constitucional abstracto de la Ciudad de Buenos Aires

Según explicaba Montesquieu, el Poder Judicial es un poder neutro, es el mero aplicador del silogismo que toma la premisa mayor que es la ley, encara la premisa menor que son los hechos de la causa, y dicta la sentencia que es la conclusión razonada y automática de esa operación –silogismo judicial–. Decía que el Poder Judicial no podía entrar a merituar el valor de la ley ni mucho menos su constitucionalidad.

³⁶ Vanossi, Jorge R., *Teoría constitucional*, Bs. As., Depalma, 1975, p. 78.

³⁷ Vanossi, *Teoría constitucional*, p. 82 a 84.

dad, es decir su confrontación con normas superiores, La idea de Montesquieu era la de una simple administración de justicia³⁸.

La concepción del Poder Judicial que tenía Montesquieu se concretó en la Revolución Francesa y así quedó plasmado el rol de los jueces como meros aplicadores del texto expreso de la ley.

Si bien, en el pensamiento actual, tal como lo expuse anteriormente, se justifica un control judicial de constitucionalidad de las normas y en consecuencia, perdió vigencia aquella idea del Poder Judicial, debe reconocerse a Montesquieu como padre inspirador de la teoría de separación de poderes que otorgó fundamento a la forma republicana de gobierno, la que sabemos, adoptó nuestra Constitución.

Así, teniendo en cuenta los principios constitucionales vigentes y la legitimidad del control constitucional, el planteo se centra en dilucidar si la sentencia que declara inconstitucional una norma de carácter general local, que tiene efectos derogatorios, constituye o no el ejercicio de una función propia del Poder Legislativo y, en caso afirmativo, si correspondería plantear su inconstitucionalidad.

Por su parte, Bidart Campos dedujo de la jurisprudencia de la Corte Suprema pautas que deben seguirse para asegurar el principio fundamental de la división de poderes de nuestro sistema político, algunas de ellas son las siguientes: a) la limitación de todos y cada uno de los poderes dada por la esfera propia de competencia adjudicada, la esfera de competencia ajena y los derechos de los habitantes, y b) el control de constitucionalidad a cargo de los jueces, no como superioridad acordada a éstos por sobre los poderes, sino como defensa de la Constitución en sí misma cada vez que padece transgresiones³⁹.

El mismo autor estableció que la facultad de derogar o abrogar leyes –desaparición total de la ley– es implícita de quien tiene competencias constitucionales para su sanción –consecuencia del paralelismo de las competencias–, por lo cual, es una facultad propia del Congreso, aunque no siempre la Constitución la enuncia de modo expreso⁴⁰. Asimismo dice que, entre las razones para derogar una ley se encuentran: a) la inconstitucionalidad por razones de *procedimiento* constitucional, y b) la inconstitucionalidad por motivos de *contenido* opuesto a la Constitución⁴¹.

Con lo mencionado se obtiene, sin dificultad, la conclusión de que, el poder legitimado –competente– para derogar una norma de carácter general –ley– es el Legislativo, y en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, su Legislatura.

Ahora, como ya dije, en el ejercicio del control constitucional previsto en el art. 113, inc. 2 de la Const. de la CABA, la derogación o invalidez es un efecto de la cosa juzgada de la sentencia, y es el acto del órgano jurisdiccional –la sentencia– el que deroga la ley. Observamos, entonces, que el sistema consagrado: a) no respeta la esfera de competencias del Poder Legislativo, y b) excede el control judicial de constitucionalidad permitido asumiendo un poder político que resulta perjudicial para

³⁸ Vanossi, *Teoría constitucional*, p. 76.

³⁹ Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, p. 19.

⁴⁰ Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, p. 211.

⁴¹ Sagüés, *Sobre la “derogación” y “anulación” de leyes por el Poder Legislativo*, LL, 2005-A-518.

un régimen republicano y democrático de gobierno pues limita la facultad del Legislativo en la creación de normas de carácter general⁴².

Siguiendo el desarrollo, surge el planteo de saber si el sistema de reenvío, entendido como instrumento de “control de control”, en cuanto se utiliza para limitar los efectos de las decisiones del más Alto Tribunal de la Ciudad, conserva en manos del Poder Legislativo el efectivo poder de mantener la vigencia de la ley⁴³. Como ya me expedí, entiendo que no, en tanto, la posibilidad de obtener la mayoría calificada exigida en un plazo tan breve es muy reducida. Ejemplos de esa conclusión son algunos de los casos resueltos por el TSJ. Así, sobre cuatro expedientes se pronunció por la inconstitucionalidad de la ley y en consecuencia se dispuso el reenvío⁴⁴, menos en uno, donde la Legislatura ratificó las disposiciones normativas declaradas inconstitucionales⁴⁵.

Con lo dicho hasta aquí, queda claro que el control constitucional previsto en el art. 113, inc. 2 de la Const. de la CABA es inconstitucional, pues resulta violatorio del principio de división de poderes, postulado fundamental de la forma republicana de gobierno, adoptada y consagrada en la Constitución nacional.

Cabe citar que, en el orden provincial, el sistema consagrado en la Provincia de Río Negro resulta todavía más respetuoso del principio de división de poderes, puesto que exige al menos tres declaraciones de invalidez de la norma en cuestión para que ésta se someta a la ratificación del órgano legisferante, el cual, a su vez, dispone de seis meses para realizar dicho acto.

Al contrario del instaurado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde el efecto derogatorio se produce en forma casi automática, en tanto, sólo se requiere una declaración de inconstitucionalidad y otorga el breve plazo de tres meses para obtener el acto ratificatorio.

Entonces, si este sistema resulta inconstitucional, ¿cuál sería el control judicial válido?

10. Control judicial constitucional con efectos para el caso concreto. Cosa juzgada con efectos inter-partes

La Corte Suprema de Justicia de la Nación al expedirse sobre el principio de división de poderes ha dicho que “El control encomendado a la justicia sobre las ac-

⁴² “La función legislativa consiste únicamente en la creación normativa de carácter novedoso u originario, ésta radica en forma exclusiva en el Congreso, no hay otro órgano que la tenga a su cargo, las normas de carácter general y obligatorio emanadas del Ejecutivo (reglamentos) que no crean derecho nuevo, carecen de esencia de ley material, si acaso un órgano distinto del Congreso crea derecho nuevo, la función así ejercida es inconstitucional” (Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, p. 27).

⁴³ Lombardo, *Notas sobre el control judicial en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Inconstitucionalidad de la ley y reenvío a la Legislatura*, LL, 2007-A-916.

⁴⁴ TSJ, 21/11/01, “Salgado, Graciela B. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. 826/01; íd., 15/7/04, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. 2535/03; íd., 20/10/04, “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. 2671/03.

⁴⁵ TSJ, 25/11/03, “Gordillo, Agustín A. c/GCBA (Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires) y otro s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. 1867/02.

tividades ejecutivas y legislativas requiere que el requisito de la existencia de un ‘caso’ sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes”⁴⁶.

A su vez, con respecto a la existencia del caso ha expresado que “Los jueces de todos los fueros e instancias se encuentran habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, siempre que exista un ‘caso’ o ‘causa’ contencioso, es decir aquellos en los que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas (art. 2º, ley 27), requisito indispensable para que el Poder Judicial ejerza su jurisdicción”⁴⁷.

Así, con esta interpretación del máximo órgano judicial y lo expuesto en el punto anterior, concluyo que el sistema de control judicial constitucional válido es el que resuelve en concreto el punto constitucional controvertido en el juicio y cuyo resultado, en su caso, la sentencia declarativa de inconstitucionalidad tiene efectos inter partes y no *erga omnes*. De esta manera el Poder Judicial se limita a prescindir de la norma en la solución del caso traído a su estudio.

Pongo en claro que, sin perjuicio del control difuso de constitucionalidad en el sentido de que cualquier juez puede realizarlo, cuando la Corte Federal es el órgano que resuelve la cuestión, no debe olvidarse el efecto vinculante que tienen sus pronunciamientos, en cuanto es la intérprete final de la Constitución además, de que constituye un deber moral e institucional para los jueces inferiores el sometimiento a sus decisiones. Por lo cual, el efecto de la cosa juzgada de sus sentencias si bien tiene efectos inter partes, éste puede ser expansivo –uniformidad de la jurisprudencia por razones de seguridad e igualdad–⁴⁸.

Por último, me interesa señalar, respecto del control abstracto de constitucionalidad y con efectos *erga omnes* que, en mi opinión, le corresponde al Congreso –u órgano legisferante– y no, como ha sido consagrado en la Constitución analizada, al órgano judicial.

En todo caso, a los fines de no tornar ilusorio el efectivo control constitucional de las leyes –ya que es difícil pensar que el mismo órgano que la dictó la declare posteriormente– contraria a la norma fundamental, podría sugerirse que recaiga en un órgano ajeno al Poder Judicial pero con fisonomía judicial –en el sentido de su operatividad como órgano judicial como el caso de Austria y España– o en un órgano sui generis como el Consejo Constitucional francés⁴⁹.

11. Conclusión

En razón de todo lo expuesto obtengo las siguientes conclusiones:

a) La sentencia del TSJ que declara la inconstitucionalidad de una ley y que concluye el proceso constitucional previsto en el art. 113, inc. 2 tiene efectos de cosa juzgada derogatorios.

⁴⁶ CSJN, 28/8/07, “Provincia de San Luis c/Estado nacional y otro s/acción declarativa”, *Fallos*, 330:3777.

⁴⁷ CSJN, 17/10/07, “Luján, Jorge c/Perello, Julio s/ejecución”, C. 305. XLIII, COM.

⁴⁸ Sagüés, Néstor P., *Cosa juzgada constitucional. Modelos y correcciones*, LL, 1995-E-1063.

⁴⁹ Sagüés, *Recurso extraordinario*, p. 39 y 58 respectivamente.

b) El efecto derogatorio –o pérdida de vigencia de la ley– está sujeto al cumplimiento de la condición suspensiva que consiste en la falta de ratificación por la Legislatura.

c) La ley queda excluida del ordenamiento jurídico a partir de la publicación en el Boletín Oficial de la sentencia que la declaró inconstitucional.

d) La cosa juzgada con efectos derogatorios no tiene efectos retroactivos sino hacia el futuro, en consecuencia, no vulnera los derechos adquiridos por los individuos durante la vigencia de la ley. Se trata de una ley derogada pero aplicable a las situaciones jurídicas que nacieron a su amparo.

e) La sentencia que no hace lugar a la declaración de inconstitucionalidad de una ley, como aquella que la declara inválida, son inimpugnables, es decir, adquieren efectos de la cosa juzgada en sentido formal –salvo cuestión federal–.

f) La sentencia que rechaza el planteo de inconstitucionalidad de una ley es inmutable, es decir, adquiere los efectos de la cosa juzgada en sentido material puesto que, impide la admisión de un nuevo examen con idéntico planteo –es el caso de quien pretende la declaración de inconstitucionalidad de una ley por ser contraria a los mismos principios y normas anteriormente invocados–.

g) La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley en los términos del art. 113, inc. 2, cuando la Legislatura la ratifica, es inmutable respecto de lo decidido en el caso concreto pero, sus efectos deberán ser reconocidos por medio de otro proceso en el que invocando aquella declaración, se deje inválido el acto de aplicación de la ley a la situación jurídica concreta.

h) La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley en los términos del art. 113, inc. 2, cuando la ley no la ratifica, es un acto jurisdiccional que deroga la ley, y su inmutabilidad está dada por el hecho de que excluye la norma de carácter general del ordenamiento jurídico para siempre.

i) El sistema del reenvío automático no conserva en manos del órgano legislativo el poder de mantener la vigencia de la ley puesto que, los requisitos exigidos –voto de la mayoría calificada de dos tercios de los miembros presentes dentro del plazo de tres meses– son de difícil obtención.

j) La dificultad para obtener la ratificación del órgano legislativo convierte al TSJ en un poder político atento a que, en definitiva, es este órgano que deroga la ley –actividad política–.

k) El sistema de control de constitucionalidad previsto en el art. 113, inc. 2 –respecto de las leyes– excede el sistema de control judicial de constitucionalidad respetuoso del principio de división de poderes, postulado fundamental de la forma republicana de gobierno adoptada por la Constitución nacional ya que, el TSJ ejerce funciones propias del Poder Legislativo –derogación de las leyes– cuando declara la inconstitucionalidad de una ley con efectos *erga omnes*.

l) El sistema de control constitucional en cuestión es abstracto, en el sentido de que, en él no se analiza la constitucionalidad de la ley en un caso concreto –acto de aplicación– sino, en general, si ella está de acuerdo o no con los preceptos o normas de la Constitución local o nacional.

m) Si bien el análisis de la constitucionalidad de la ley se realiza en abstracto, en el sentido ya explicado, siempre es necesaria la petición de parte, por lo que resulta indispensable el ejercicio de la acción procesal para que el órgano jurisdiccional se pronuncie. De ahí que, en este sistema de control existe un caso o causa aunque el conflicto con relevancia jurídica, en vez de ser intersubjetivo, es internormativo.

n) Cuando la disconformidad de la norma local sea con un precepto o norma de la Constitución nacional debe ser la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto intérprete final de aquel cuerpo legal, el órgano judicial que decida en última instancia el caso traído a juzgamiento; por lo tanto, no puede declararse la inadmisibilidad del recurso extraordinario federal que eventualmente sea interpuesto contra la sentencia del TSJ que rechace la acción prevista en el art. 113, inc. 2.

ñ) El único sistema de control judicial de constitucionalidad válido es el difuso y con efectos inter-partes y en el que, la CSJN es la intérprete final de la Constitución nacional.

o) La sentencia de esa clase de control tiene efectos expansivos cuando la dicta la Corte Federal en virtud del efecto vinculante de sus decisiones.

p) El control de constitucionalidad abstracto para que sea constitucional y no vulnere el principio de división de poderes, debe realizarlo un órgano situado fuera del Poder Judicial pero con fisonomía judicial o, un órgano extra poder o sui géneris.

Editorial Astrea, 2009. Todos los derechos reservados.