



ABOGACIA

TRABAJO FINAL DE GRADO:

**El efecto erga omnes en las declaraciones judiciales de
inconstitucionalidad. Criterios y condiciones de su
aplicación.**

NOVILLO TULA, ROBERTO ADRIAN - 2017

RESUMEN

¿Es posible, en nuestro país, extender los efectos del control de constitucionalidad judicial? ¿Bajo qué criterios y condiciones esto sería posible? Estas incógnitas son las que dieron origen a este trabajo. Como se sabe, el control de constitucionalidad es la herramienta predilecta para la defensa de la letra de la constitución, y por esto mismo, es un tema de tal complejidad e importancia, dentro de los Estados Constitucionales, que su ejercicio poco eficaz e irresponsable puede hacer temblar los cimientos mismos estos.

En muchos ordenamientos jurídicos, el órgano encargado de esta tarea de gran magnitud es el Poder Judicial. Entre estos podemos encontrar a nuestro país, en el cual ese control se ejerce, en principio, de manera difusa y con efectos inter partes.

En virtud de esto, y para responder las preguntas planteadas, se analiza tanto al poder judicial como órgano encargado de ejercer dicho control, así como los alcances que tienen las resoluciones que este tome en torno a este control. Esto en virtud de determinar si es posible en nuestro país ampliar los efectos de sus declaraciones, como también bajo qué criterios y condiciones sería válido constitucionalmente aplicar dichos efectos. Teniendo en cuenta no solo la ley, sino buscando una solución que sea eficaz a la vez que responsable y respetuosa de la comunidad.

Concluyéndose de esta manera que la manera más eficaz y respetuosa de ejercer el control es realizar un cambio en la forma de entender el control judicial de constitucionalidad, creando a su vez un sistema mixto que permita, en casos trascendentales, participar a la comunidad en la búsqueda de la solución.

PALABRAS CLAVE

Control de Constitucionalidad, Efecto Erga-Omnes, Revisión Judicial.

ABSTRACT

Is it possible, in our country, to extend the effects of judicial review of constitutionality? Under what criteria and conditions would this be possible? These unknowns are what gave rise to this work. As is well known, constitutionality control is the preferred tool for the defense of the constitution's letter, and for this reason, it is a subject of such complexity and importance, within Constitutional States, that its ineffective and irresponsible exercise Can shake the foundations themselves.

In many legal systems, the judiciary is the body entrusted with this task of great magnitude. Among these we can find our country, in which this control is exercised, in principle, in a diffuse way and with inter parts effects.

By virtue of this, and in order to answer the questions raised, both the judiciary and the body in charge of exercising such control are analyzed, as well as the scope of the resolutions that the latter takes in relation to this control. This is to determine if it is possible in our country to extend the effects of its declarations, as well as under what criteria and conditions it would be validly constitutional to apply those effects. Taking into account not only the law, but looking for a solution that is effective while responsible and respectful of the community.

Concluding in this way that the most effective and respectful way of exercising control is to make a change in the way of understanding the judicial control of constitutionality, creating in turn a mixed system that allows, in transcendental cases, to involve the community in the search for the solution.

KEY WORDS

Constitutionality Control, Erga Omnes Effect, Judicial Review.

1. Índice

Introducción

1. Capítulo 1: Control de Constitucionalidad

Introducción

1.1. Concepto de Control de Constitucionalidad. Sistemas.

1.2. Argumentos en torno al órgano encargado del control de constitucionalidad.

Reflexiones finales

2. Capítulo 2: Efecto Erga Omnes.

Introducción

2.1. Sentencia. Cosa juzgada. Efectos Erga Omnes e Inter Partes

2.2. Argumentos en torno al efecto erga-omnes en las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad

Reflexiones finales

3. Capítulo 3: Jurisprudencia. Legislación Local.

Introducción

3.1. Jurisprudencia.

3.2. Legislación. Constituciones Provinciales.

Reflexiones finales

4. Capítulo 4: Criterios y condiciones para la Aplicación del Efecto Erga Omnes.

Introducción

4.1. Criterios y condiciones necesarios para su aplicación.

4.2. Tribunal/es competentes. Medios procesales idóneos.

Reflexiones Finales

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

El control de constitucionalidad es una de las herramientas más utilizadas, sino la herramienta por excelencia, para proteger la vigencia de la constitución. Este es un remedio que permite, en los Estados Constitucionales, poner un freno a normas o actos emanados de los distintos poderes del estado, o de particulares, que violen lo escrito en la norma suprema. Permitiendo así a los particulares tener una vía para evitar que se vulneren, o que sigan vulnerando, sus derechos más básicos, derechos de tal importancia que son los pilares en la concepción de los Estados modernos.

En el derecho comparado vemos comúnmente que esta tarea de vital importancia es desarrollada por los Tribunales de Justicia. Sea que la competencia en el tema esté dada a un solo tribunal especializado (comúnmente denominado Corte o Tribunal Constitucional) o esta sea otorgada al poder judicial en su amplitud, permitiendo a cualquier juez ejercer el denominado control. Como consecuencia de esto es importante determinar qué efectos tienen las decisiones que estos órganos tomen sobre la inconstitucionalidad, o no, de determinado acto o norma. Lo cual pasa a ser de vital importancia para determinar muchas veces la eficacia de dicho control. De esta manera tenemos los efectos denominados inter-partes, los cuales limitan los efectos a las partes del proceso en el que se declara o no la inconstitucionalidad, y en el segundo los definidos erga-omnes, que extienden dichos límites más allá de estas.

En Argentina generalmente se habla de la existencia de un sistema de control judicial, realizado de manera difusa y con efectos inter-partes. Sin embargo, no por eso, el tema ha carecido de discusión en nuestro país, tanto como en derecho comparado. Se ha discutido doctrinariamente desde la posibilidad de que el órgano encargado de efectuar dicho control sea el Poder Judicial, hasta los límites correctos que habría que darles a los efectos de dichas decisiones.

Tenemos así, por ejemplo, discusiones acerca de si está verdaderamente legitimado democráticamente el poder judicial para tomar una decisión de tales características y si es

correcto que lo haga. Como también discusiones acerca de si es posible extender los efectos de las sentencias sin violentar principios como la división de poderes o los límites impuestos por la misma letra de la constitución a dichos efectos. Estos diferentes argumentos tuvieron su impacto en la jurisprudencia del tema. Así tenemos que en nuestro país la Corte Suprema de Justicia ha tenido diferentes pronunciamientos a favor y en contra de extender los efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad. Como también fallos por los cuales se erige a ella misma como “intérprete final de la Constitución Nacional”.

La finalidad de este trabajo es estudiar si existe en nuestro derecho local la posibilidad de hablar de un sistema judicial difuso, o porque no, mixto, en el cual los efectos que se den a estas sentencias, de tal importancia institucional, sean erga-omnes. En otras palabras, busco resolver las siguientes incógnitas: ¿Es posible, en nuestro país, extender los efectos del control de constitucionalidad judicial? ¿Bajo qué criterios y condiciones esto sería viable?

Estudiar esta alternativa me parece sumamente interesante ya que, de esta manera, se estaría permitiendo que las consecuencias de tales decisiones abarquen a la comunidad en su totalidad, posibilidad que a mi parecer es de amplio valor estudiar debido a la relevancia de los derechos que se encuentran en juego y la necesidad de protegerlos como objetivo primero de los Estados modernos.

Con tal de buscar resolver esas incógnitas, en este trabajo se estudiarán las diferentes argumentaciones, a favor o en contra, que se han dado doctrinariamente sobre el tema como también los distintos casos judiciales y legislación relevante, tanto en nuestro país como en el extranjero para, de esta manera, dar base luego a los argumentos que forman mi solución a este problema.

El método de investigación que se usará para este trabajo será el exploratorio y el descriptivo. Se utiliza el método descriptivo porque el propósito del presente trabajo es analizar la aplicación del efecto erga omnes en las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad y detallar cuáles son sus características principales y los requisitos para su procedencia, brindando una información lo más completa posible sobre esta temática. Es

así que primero se tratará de describir y comprender los temas referidos al control de constitucionalidad judicial y a la extensión que tienen sus efectos, para luego explorar y haciendo uso estudios doctrinarios, jurisprudencia y legislación vigente, se pretenderá arribar a una conclusión y encontrar una respuesta al problema planteado. La estrategia metodológica a utilizar será el método cualitativo, ya que se usarán todos los datos e información recolectados para tratar de determinar si existe la posibilidad de extender los efectos del control de constitucionalidad judicial en nuestro país, sin recurrir a ninguna medición numérica o análisis estadístico en particular.

En cuanto a fuentes se utilizarán primarias, secundarias y terciarias. Las primeras son aquellas que tratan la cuestión directamente, fuentes directas de información, en este trabajo se trata de todos los fallos, sentencias y legislación relativos a la temática elegida, es decir el efecto erga omnes y el control judicial de constitucionalidad. Las secundarias son aquellas que comentan, sintetizan o analizan las fuentes primarias de información. En este trabajo se utilizarán como fuentes secundarias libros que contengan elaboraciones doctrinarias o que traten el tema objeto de estudio fijando posición sobre el mismo, como así también diversos comentarios a fallos y artículos de revistas especializadas en el tema. Las fuentes terciarias son aquellos instrumentos que se basan en las fuentes secundarias; en esta investigación se consultarán específicamente libros o manuales que expliquen y analicen las diversas posiciones doctrinarias sobre la materia.

Como exprese anteriormente, el objetivo que busca este trabajo es el de determinar bajo qué criterios y condiciones se puede dar el efecto erga omnes en la declaración judicial de inconstitucionalidad. Para lograr esto se ira cumplimentando con distintos objetivos parciales, los cuales son: analizar las posiciones doctrinarias sobre el tema; revisar como se ha abordado el tema en nuestro derecho, así como en el derecho comparado; determinar si es viable constitucionalmente la aplicación del efecto erga omnes en sentencias de inconstitucionalidad; determinar qué tribunal o tribunales pueden aplicar tal efecto; analizar bajo qué circunstancias y con qué criterios sería apropiado constitucionalmente aplicar dicho efecto en los diferentes casos..

En vistas a estos objetivos el trabajo se dividirá en cuatro capítulos. Un primer capítulo en el cual se definirá el concepto de control de constitucionalidad, así como los diversos sistemas que se utilizan para su ejecución, para luego entrar en uno de los puntos más importantes de este trabajo, los argumentos doctrinarios que se dan en torno a la elección del poder judicial como órgano encargado del control de constitucionalidad, tanto las visiones que están a favor como las que están en contra sea por temas de legitimidad democrática o por limitaciones legales.

En el segundo capítulo se tratará el otro gran punto de este trabajo, los efectos erga omnes. Para su mejor desarrollo iniciare exponiendo los conceptos fundamentales que abarcan este punto, como son el de sentencia y cosa juzgada, para así llegar a determinar los diferentes tipos de alcances que puede tener esta. Una vez definidos estos puntos pasare a exponer las diferentes argumentaciones que se dieron en la doctrina, con un desarrollo especial en torno a la doctrina nacional, sobre si existe, o no, en nuestro derecho nacional la posibilidad, de hablar de efectos erga omnes de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad.

En un tercer capítulo se estudiará la jurisprudencia que considero más relevante al tema, tanto por haber dado fundamentos respecto a la legitimación del poder judicial como órgano de control como aquella en la que se da argumentos en torno al alcance de las decisiones de este, además se trataran aquellos fallos en donde se vislumbran las consecuencias prácticas de estas elecciones. Como segunda parte de este capítulo se expondrá la legislación que trata el tema en nuestro país, abarcando tanto las leyes nacionales cómo las constituciones provinciales.

Ya para ir finalizando en un cuarto capítulo se expondrán cuales son en mi opinión los diferentes criterios y condiciones necesarios para hablar de una manera viable de la aplicación del efecto erga omnes en las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad, exponiendo de esta manera mis argumentos, para llegar a mi conclusión sobre un tema tan relevante en las sociedades democráticas como el que nos atañe en este trabajo.

De esta manera busco dar solución, o al menos contribuir a encontrarla, a un problema que no solo aqueja las mentes de los juristas y magistrados, sino que afecta en gran medida la calidad de vida de millones de personas, por las cuales debemos mínimamente hacer nuestro mayor esfuerzo para brindarles una solución válida y eficaz que respete tanto sus derechos como los pilares de la organización del estado del cual forman parte.

CAPITULO 1:

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Introducción

Para comenzar a desarrollar la problemática de esta investigación tratare a grandes rasgos el tema de control de constitucionalidad, definiéndolo y precisando sus objetivos, para puntualizar luego sobre el sistema de control judicial. Considero esto lo más atinado ya que para tratar de manera correcta el tema principal de esta obra, es decir, “los efectos erga omnes en las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad”, primero hay que tratar de forma correcta una de sus premisas, esta es, el “control judicial de constitucionalidad”. No podemos hablar de “declaraciones judiciales de inconstitucionalidad” ni de los efectos que estas puedan tener, sino tratamos primero el complejo tema de control de constitucionalidad judicial.

Para desarrollar este punto de la forma más completa posible, dentro de los límites que impone el tema central de este trabajo, comencare definiendo sus conceptos básicos (control de constitucionalidad, supremacía constitucional, etc.), pasando luego a exponer los diferentes sistemas de control que se han dado en el derecho comparado. Luego de esto puntualizare sobre el sistema de control judicial, con sus dos vertientes más reconocidas (sistema concentrado y difuso), esto para tatar más adelante el gran debate doctrinario que se ha dado alrededor de este punto. Así expondré los argumentos esbozados por las diferentes doctrinas, tanto para fundamentar el control judicial como para rechazarlo.

Espero así, con este punto de partida inicial, poder poner en evidencia el alcance de este trabajo, como así también la importancia del tema que lo abarca, y además dar el sustento necesario para poder tratar luego el tema central, ya que a través de una correcta exposición del tema que abarca este capítulo se podrán entender los pros y contras de los diferentes sistemas de control constitucionalidad, como así también las diferentes implicancias, positivas y negativas, que tiene el designar al poder judicial como órgano ejecutor de tal. Teniendo todo esto grandes vinculaciones con los efectos que pueda llegar a tener ese control.

1.1 Control de Constitucionalidad. Sistemas.

El control de constitucionalidad es uno de los recursos jurídicos más importantes dentro de un Estado Constitucional, sino el más importante. A través de este se busca poner en vigencia efectiva los derechos fundamentales con los cuales la carta magna dota a los ciudadanos, así como mantener la estructura orgánica que esta diseña para el estado.

En otras palabras, es el remedio utilizado para mantener vigente la “supremacía constitucional”. Dicha supremacía implica la existencia de una norma suprema o fundante que se encuentre por encima de todas las otras normas que forman el ordenamiento jurídico de un estado. Esta norma, es la ley que funda los principios a los cuales pretende someterse un estado, es aquella que permite a sus habitantes conocer sus derechos básicos y las obligaciones a las cuales están sometidos, como así también conocer la forma de organización política que estructura al estado que pertenecen.

De esta manera, y por su vital importancia en la organización del Estado, se da esta primacía a la constitución, erigiéndola no solo sobre aquellas otras normas que la contraríen, sino también ante aquellos actos u omisiones que el estado, o los particulares, que vulneren los derechos en ella reconocidos. En nuestro país encontramos el fundamento normativo a esta supremacía en el artículo 31 de nuestra Constitución.

Como señale anteriormente el recurso utilizado para mantener vigente esta supremacía es el “control de constitucionalidad”. Ya que, como bien señala Sagüés (2007, pág. 99): “Poco vale el principio de supremacía constitucional si no se planifica un aparato de control para esa supremacía”.

Ese es el principal objetivo del control de constitucionalidad, garantizar que la letra de la constitución sea respetada correctamente declarando inválidas aquellas normas o actos que vulneren lo expresado en esta y los derechos en ella reconocidos. Permitiendo de esta manera proteger los derechos básicos de los particulares como así también mantener correctamente la estructura institucional del estado y los principios básicos que lo definen y organizan.

Siendo la eficaz protección de la constitución uno de los objetivos más relevantes de un estado, sino el más importante.

Ya expuesta la importancia de este control dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, lo siguiente a determinar es quien va a ser el encargado de ejercerlo. De esto depende en gran medida la eficacia de este recurso y, por ende, la correcta protección de la letra de la constitución. Y con ello la eficaz protección o no de los derechos básicos de millones de personas, así como también de los pilares básicos que mantienen a un estado en pie. Debido a esto y a otros factores que van a ir surgiendo (como, por ejemplo, la legitimidad democrática) el designar a un órgano como encargado de esta función es una tarea sumamente compleja y dificultosa. Esto se ve trasladado en los diversos sistemas de control de constitucionalidad que existen en el derecho comparado, así como también en los grandes debates doctrinarios sobre el tema.

Así vemos que, en el derecho comparado, existen una variedad de sistemas de control, lo cual se traduce en diferentes órganos encargados de ejercer dicho control. Encontramos de esta manera estados en los cuales el encargado de ejercer el control es un tribunal de justicia determinado, como estados que atribuyen tal potestad a órganos no judiciales o incluso a la misma ciudadanía. Para mayor simplicidad podemos clasificar los diversos sistemas de la siguiente manera: Sistemas Judiciales, Sistemas No Judiciales, Nacionales o Internacionales (Sagüés, 2007, pág. 101).

En este trabajo me voy a concentrar principalmente en el primero, ya que es en este tipo de sistemas en el cual se dan las variantes y el problema en el cual se basa esta investigación, además de ser el tipo de sistema que se da en nuestro país. Sin embargo, es importante aclarar que voy a tomar referencia también de sistemas no judiciales y también internacionales en determinados casos para utilizarlos a modo de contraste y comparación del sistema judicial. Dicho esto, voy a pasar a definirlos a grandes rasgos para luego puntualizar sobre los sistemas judiciales.

En los sistemas judiciales encontramos que el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad es de estructura judicial, es decir, adquiere la forma de un tribunal de justicia. De esta manera encontramos que las dos variantes clásicas de este sistema son: el control concentrado y el control difuso. Volveré sobre estos sistemas más adelante.

Otros de los posibles sistemas de control de constitucionalidad son aquellos en los cuales el control no es ejercido judicialmente si no que recaen en otro tipo de órganos (por ej. El parlamento o el Ejecutivo) o en la población misma (control por el electorado de la constitución del Estado de Colorado en los Estados Unidos). Estos son los sistemas denominados no judiciales (Sagüés 2007, pág. 103).

La razón de estos tipos de sistemas de control es que muchas veces se desconfía de la legitimidad que pueda tener la judicatura por su carácter no popular, ya que, a diferencia de los otros poderes, generalmente el judicial no encuentra sometida la elección de sus miembros a voto popular (Sagüés 2007, pág. 102). Este es un tema que desarrollare más ampliamente al hablar de los diferentes argumentos doctrinarios, en torno al órgano de control, en el punto siguiente.

En lo que respecta a los sistemas de control internacionales, los nacionales pueden tomar la forma de alguno de los sistemas nombrados anteriormente, son los que están a cargo de un tribunal supranacional, que generalmente son creados y tienen competencia dentro de los tratados internacionales con el objetivo de tutelar lo expresado en estos (Sagüés 2007, pág. 104).

Volviendo a los sistemas judiciales, en el sistema concentrado encontramos que la potestad de ejercer el control de constitucionalidad se encuentra concentrada en un tribunal específico (comúnmente denominado Tribunal o Corte Constitucional). Esto a diferencia del segundo, el cual es denominado difuso ya que no es un tribunal específico el encargado de ejercer el control, sino que se da esta potestad a todos los jueces que integran el poder judicial. Otro de los puntos fundamentales con el cual se los suele diferencia es el efecto de sus sentencias, este es tema principal del trabajo por lo cual se desarrollará de manera más

profunda a lo largo de este, pero a grandes rasgos se señala generalmente que el primer sistema (concentrado) tiene efectos erga omnes, mientras que el segundo (difuso) tiene efecto inter-partes.

Esto, a mi manera de ver, no es una característica esencial de los sistemas sino más bien una característica que se da en forma más eficaz, y de forma más segura, en un sistema que otro. Dicho de otra manera, la diferencia de los sistemas, a mi manera de ver, no radica en los efectos de sus declaraciones, sino en la forma de organización del control, eligiendo un tribunal especial o permitiendo a múltiples tribunales ejercerlo. Si bien es cierto que las declaraciones erga omnes, se dan de forma más segura jurídicamente en el primero de los sistemas. Nada obsta, en mi opinión, a que se pueda dar en el segundo, como así también se pueden dar los efectos inter-partes en el sistema concentrado, teniendo (o no) las precauciones necesarias, las cuales expondré más adelante en el trabajo, esto siempre teniendo en cuenta las limitaciones legales a tales atribuciones. Es por eso también, que muchas veces por estas “limitaciones”, el aceptar los dos tipos de efectos de control dentro de un sistema, se termina desembocando en lo que se conoce como un “sistema mixto”, de los cuales hablare más adelante.

Nuestro país se podría catalogar, en principio, dentro del sistema judicial difuso, esto sin denegar la función de control que pueden tener los otros poderes como el ejecutivo al vetar leyes o el legislativo cuando deroga una ley por reputarla inconstitucional (Sagüés, 2007, pág. 103).

El origen de este sistema de control de constitucionalidad, como de la idea de supremacía constitucional a la cual está ligado, generalmente es atribuido al Juez Marshall, en el Fallo “Marbury vs. Madison”, el cual al decir de Ildarraz, Zarza Mensaque y Viale (1999, pág. 68): “...sentó la doctrina de la supremacía constitucional y la facultad de los tribunales norteamericanos para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.”.

Aunque existen constancias de que la denominada “judicial review” no nació con este fallo, sino que se remonta a consideraciones hechas por los “padres fundadores” de Estados

Unidos sobre el control de constitucionalidad como atribución del Poder Judicial dentro de la Constitución de Filadelfia. A pesar de esto, el fallo es el que marca un antes y un después en el tema, ya que a partir de este es que nacen los grandes cuestionamientos a este sistema. Sin embargo, es cierto que el hecho de no haber reconocimiento expreso en la Constitución estadounidense de tal atribución al judicial explica que generalmente se tenga a Marshall como el padre de la revisión judicial (García-Mansilla, 2010).

Sea o no Marshall el padre del instituto del control judicial de inconstitucionalidad, lo cierto es que su fallo, a través de la lógica elaborada por este, sentó de manera clara los principios en los que se basa este sistema de control, e inicio al menos formalmente su aplicación en los Estados Unidos.

Las premisas y conclusión que fundaron la decisión del Juez Marshall en “Marbury vs. Madison” podrían resumirse de la siguiente manera: 1) El deber del poder judicial es aplicar la ley. 2) Cuando hay dos leyes contradictorias no hay más remedio que aplicar una desechando otra. 3) La constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley. 4) La supremacía de la Constitución implica que cuando entre en conflicto con una norma dictada por el Congreso, ésta segunda deja de ser una ley válida. 5) La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar el Congreso. 6) El Congreso está limitado por la Constitución. 7) Si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria. Conclusión: Una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial (Eto Cruz, 2010).

De esta manera, el juez Marshall, funda no solo las razones por la cual debe existir el control de constitucionalidad, sino que a su vez da los argumentos por los cuales, al menos dentro de su ordenamiento jurídico, el Poder Judicial debe ser el encargado de ejercer dicho control. Es importante volver a aclarar que en nuestro país se da de esta manera en gran medida por la influencia de este fallo.

Estos argumentos, como se expresó anteriormente, sentaron las bases del control judicial de constitucionalidad difuso en Estados Unidos, del cual nuestro país se hizo eco y emulo en sus bases. A su vez generaron varios críticos, que negaron la posibilidad de que el poder judicial tenga esta atribución, o buscaron limitarla, a través de diferentes argumentos que expondré más adelante. Así mismo dicho silogismo elaborado por Marshall fue criticado por autores, como Nino que cuestiona su validez lógica.

La contrapartida de este sistema es el denominado sistema concentrado que parte de Kelsen, el cual planea un sistema en donde, a diferencia del difuso, sea un órgano extra poder, pero con fisonomía judicial a forma de “tribunal constitucional”, el encargado de ejercer el control de constitucionalidad. Este plan, según Sagúes, (2007, pág. 101) partió de los siguientes supuestos:

No hay control efectivo de constitucionalidad si el órgano de control no está habilitado para fallar con efectos generales (erga omnes) y hasta para derogar a la norma inconstitucional. b) Esto importa un enorme poder político-institucional, que no puede confiarse al Poder Judicial Clásico, sino a un cuerpo intermedio, situado a mitad de camino entre el Poder Judicial y el Parlamento. c) El control de constitucionalidad exige un cuerpo especializado, a fin de garantizar una mayor capacitación entre sus miembros y una suerte de mentalidad constitucionalista al dictar sus sentencias.

Se puede deducir de este párrafo la gran importancia que pueden tener los alcances del control para su eficacia, al menos para Kelsen, ya que este considera que de no tener estos efectos generales este dejaría de ser efectivo. Aunque, también es por esta misma razón, y por el gran poder que significa, que Kelsen entiende que no se le puede designar al Poder Judicial clásico esta labor, disidiendo en este punto con lo que entiende, por ejemplo, el juez Marshall en “Marbury vs. Madison”, cuyo silogismo expuse anteriormente.

Ya definidas las principales diferencias entre estas dos variantes del sistema judicial, cabe señalar que en algunos países (Perú, Grecia, etc.) se ha propiciado una unión entre ambos sistemas, compatibilizando, de esta manera, las diferentes bases que dieron origen a ambos sistemas. Creando así sistemas en los cuales, por ejemplo, todos los jueces tienen las

potestades necesarias para ejercer el control de constitucionalidad cuyas decisiones tendrán efectos en el caso concreto (efecto inter-partes). Pero para determinadas acciones, promovidas por sujetos determinados, la competencia recae exclusivamente en un tribunal constitucional que decide con efectos erga-omnes (Sagüés 2007, pág. 102).

1.2 Argumentos en torno al órgano de control judicial.

Ya expuestos, a grandes rasgos, los conceptos importantes que giran en torno al control de constitucionalidad y los diferentes sistemas que lo comprenden, vitales para delimitar el tema y comprender las diferentes críticas que ha generado, avanzare sobre el control judicial de constitucionalidad. Alrededor de esta concepción del poder judicial, como órgano encargado de tutelar la constitución, se genero una gran discusión dando así origen a diferentes doctrinas en torno a su validez, tanto legal como democrática. Desde que el juez Marshall hizo recaer, con sus argumentaciones, la responsabilidad de ejercer tal control en los tribunales de justicia se ha debatido intensamente en la doctrina sobre el tema, generando nuevas posturas incluso en la actualidad.

Cabe recordar que este es un punto vital a resolver para traer respuesta a una de las incógnitas planteadas inicialmente, ya que de no existir el control judicial de constitucionalidad de poco importaría hablar de sus efectos, y de la posibilidad de ampliarlos en el caso de nuestro país. Además, es de suma importancia trazar los posibles límites que este tiene, tanto legales como democráticos, para ver si estos tienen relación con los efectos dados a este control.

Como ya he señalado, determinar el órgano encargado del control determina en gran medida la eficacia que va a tener el mismo y, en virtud del principio de supremacía al que se adhieren los estados que tienen una constitución como norma fundamental, esto pasa a ser de enorme relevancia.

De esta manera surgieron diversas preguntas con gran relevancia en el tema, entre las cuales me gustaría señalar las que con gran tino se hizo Roberto Gargarella (2014), estas son:

¿Por qué es que los jueces, y no los legisladores como representantes del pueblo, quedan a cargo de la tarea principal, en materia de interpretación constitucional? ¿Por qué se da por sentado que los legisladores, en cuanto representantes del pueblo –de todos nosotros- van a conocer menos, o van a tratar peor que los jueces, los fundamentales valores constitucionales?... ¿Es aceptable que, en el marco de una comunidad democrática, los jueces asuman el derecho a pronunciar la “última palabra”, respecto de cómo resolver los problemas constitucionales más básicos?.

A mi forma de ver, las preguntas más importantes que hay que hacer con respecto a este apartado son dos. La primera de ellas es si existe validez legal para que los tribunales ejerzan dicho control, o, dicho de otra forma, si la constitución permite a estos ejercerlo. La segunda, no por ello menos importante, es si existe validez democrática, es decir, si los tribunales de justicia son democráticamente el órgano más apropiado para ejercer tal control, más allá de las posibilidades legales que estos tengan o no.

Traducido esto a los efectos del control, primero habría que ver si existe una norma que designe que órgano es el encargado y si se determina los efectos de sus decisiones o si se los limita de alguna manera. En caso de que no exista una norma, como sucedió inicialmente en nuestro país, habría que ver que órgano entiende que esta dentro de sus funciones el control de constitucionalidad y con qué alcances determina que puede ejercerlos. De existir una norma que encargue el control a un órgano, hay que ver si esta determina los alcances de dicho control o los limita de alguna manera, como puede ser, según gran parte de la doctrina nacional, la cláusula del art. 116 de nuestra constitución. En cuanto a la siguiente pregunta cabe decir que si el órgano elegido tiene poca validez democrática va a ser más difícil justificar porque sus decisiones deben tener completa eficacia en una comunidad democrática, lo que se traduce en que estas decisiones difícilmente puedan tener un alcance mayor si resultan de alguna manera lesivas al principio democrático. Las posibles respuestas a este punto, en lo que respecta exclusivamente a los efectos, se expondrán a lo largo del trabajo, pero más puntualmente en el capítulo siguiente.

En cuanto a la validez legal y democrática del poder judicial como órgano encargado del control de constitucionalidad, se puede decir que en nuestro país la respuesta a la primera

pregunta tiene inicialmente un origen jurisprudencial, que luego impacta normativamente. Es así que nuestra corte, adhiriendo a los argumentos esbozados en primer momento por el juez Marshall en el ya citado fallo “Marbury vs Madison”, estableció en nuestro país un sistema de control de constitucionalidad judicial de carácter difuso, a través de los fallos “Sojo”¹ y “Elortondo”². Esto debido a que expresamente nuestra constitución nada dice, al menos hasta la reforma de 1994 (Sagüés 2007, pág. 174).

Incluso a partir de la reforma del citado año, encontramos una pequeña mención al sistema al que parece adscribir nuestra constitución en el artículo 43, referente al amparo, que hace alusión a que el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de una norma (Bidart Campos 2001). Estableciendo de esta forma, si bien escueta, un sistema de control judicial difuso ya de forma expresa, a través de la misma norma de la constitución.

Sin embargo, pareciera que más allá de lo señalado por la norma en cuestión, la constitución nada más agrega acerca del sistema control de constitucionalidad que la rige. Sin embargo, como bien señala Sagüés (2007, pág. 174), “al decir el art. 116 de la Const. Nacional que el Poder Judicial de la Nación debe conocer y decidir “todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”, está indicando que debe aplicar su texto e inaplicar el derecho contrario a ella.”.

De esta manera la respuesta a la primera pregunta antes formulada sería que los tribunales estarían legitimados expresamente por la constitución a través de la mención respectiva en el artículo 43, y al menos implícitamente a través de lo dicho por el artículo 116. Cabe señalar también que, este artículo, no solo implicaría una adopción implícita del sistema de control difuso, sino que, según gran parte de la doctrina nacional, también implicaría una limitación a los efectos del dicho control, esto se desarrollara más ampliamente en el capítulo siguiente.

Ya teniendo determinado en nuestro país el órgano encargado a través de la misma constitución, encontrando así respuesta a la primera pregunta, corresponde tratar de

¹ C.S.J.N., “Sojo”, Fallos 32:120 (1887),

² C.S.J.N., “Elortondo”, Fallos 33:162 (1888),

responder la segunda. El camino a una respuesta es más complejo en este caso. Como señale anteriormente, una de las críticas comunes al sistema de control judicial es que pareciera, al menos en un principio, que los jueces no están legitimados democráticamente al no ser estos electos por el voto popular, es decir, al no tener una legitimación brindada por la misma voz del pueblo, o más en concreto por la opinión mayoritaria de la ciudadanía, a diferencia de los legisladores que sí pasarían por este “filtro popular”.

Esta “cuestión democrática”, denominada así por Gargarella (2014, pág. 9), ha sido ampliamente debatida en la literatura doctrinaria, por lo cual me concentrare en los textos que creo más relevantes para el tema que abarca este trabajo.

Esta idea fue sostenida principalmente por Bickel, quien acuña la expresión de “carácter contramayoritario del poder judicial”, que refiere básicamente que al poner a los jueces como encargados de ejercer el control de constitucionalidad se rompe las bases del ideario democrático, el cual pone en al consenso popular (a través de los órganos constituidos por representación política) como el encargado de tomar las decisiones políticas de un estado (Alvarez Alvarez, 2003)

Entre las dificultades que esta objeción señala para establecer este sistema de control dentro de un estado democrático encontramos que los jueces son nombrados, en muchos ordenamientos, por la discrecionalidad de los otros poderes y no por el pueblo. A su vez, en muchos casos estos tienen una duración vitalicia, o de gran extensión, en sus cargos lo cual parecería ir en contra de los ideales democráticos. También cabe recalcar que, de ser estos encargados del control del actuar de los restantes poderes como resultado de la letra de la constitución, sería dotarles de un poder bastante excesivo en comparación a los otros poderes que, a diferencia de este, si “encarnan” la voluntad popular. Por todo esto, se considera que dotar a los jueces de la potestad de control no garantiza el proceso democrático seguido por la constitución, ya que al no representar al pueblo y ser inamovibles de sus cargos no podrían decidir de acuerdo a la voluntad de este (Amaya, 2010).

Por lo tanto, podría afirmarse que, como explica Alvarez Alvarez (2003), se “produce una mutación del paradigma de toma de decisiones, pasándose de un “democrático” a uno “elitista”, el cual se corporiza en una minoría (los jueces) que toman decisiones que solamente corresponderían al pueblo y a sus representantes erigidos por sufragio”.

De esta manera cabe añadir, haciendo alusión al tema principal del trabajo, que, si adhiriéramos a esta postura, no solo no imaginaríamos apropiado que el poder judicial se haga cargo del control de constitucionalidad, sino que también la misma idea de que las decisiones de este tengan alcances generales nos podría parecer la mayor demostración de un paradigma elitista.

En respuesta a esto, a lo largo del tiempo, se han presentado varios argumentos que intentan defender el sistema de control judicial. Buscando así rebatir la crítica “anti mayoritaria”, buscando argumentos que la refuten o buscando más adelante mejorar la “democraticidad” de los jueces (Alvarez Alvarez, 2003).

Cabe aclarar que muchos de estos conflictos también se ven encerrados en el problema que genera conciliar conceptos como “Democracia” y “Constitucionalidad”, para exponer sintéticamente sobre este conflicto cito a Gargarella (2009, pág. 23), que señala:

El conflicto de entre ambas ideas surge, ante todo, del hecho de que ellas apelan a principios opuestos. Nuestros compromisos democráticos apelan a un principio que a primera vista no reconoce límites, y según el cual no hay ninguna autoridad superior a la nuestra, actuando colectivamente. Mientras tanto, y por otro lado, ideas tales como las de Constitución o derechos humanos nos llevan a pensar, justamente, en límites infranqueables, capaces de resistir la presión de cualquier grupo y aun, y especialmente, las presiones de un grupo mayoritario

Este enfrentamiento de principios se ve especialmente graficado en la gran mayoría de los argumentos esbozados en torno a la “crítica contra mayoritaria”, así encontramos que los que se posicionan sobre esta crítica tienen en la mayoría de sus argumentos fundamentos que defienden la democracia, mientras que muchos de los que defienden la denominada “judicial review” (revisión judicial) se posición en torno a la constitucionalidad o supremacía

constitucional. El problema como iremos viendo a lo largo del trabajo es de gran complejidad. Además de verse más marcada en la otra teoría crítica de la revisión judicial, el Constitucionalismo Popular, el cual expondré mas adelante.

Así podemos encontrar que una de las posibles respuestas a esta objeción podría ser, como expresan Hogg y Bushell (1997), que “todas las instituciones de nuestra sociedad deben acatar el estado derecho, y la revisión judicial simplemente requiere la obediencia de los órganos legislativos a la ley de la constitución”.

De forma similar otro de los argumentos esbozados tradicionalmente para defender el control de constitucionalidad es que son los mismos fundamentos a los que la “crítica contra mayoritaria” hace alusión los que, al contrario de quitarle legitimidad al poder judicial para ejercer el control se la dan, ya que de esta manera permiten que los jueces preserven las minorías de los excesos que cometen las mayorías (Amaya, 2010).

También en esta línea podemos encontrar el llamado “argumento de la legitimidad democrática de la constitución”, este se basa en que los jueces al invalidar una norma, teniendo como fundamento la protección de la constitución, no están yendo en contra de la decisión mayoritaria, sino que, al contrario de esto, están protegiendo la soberanía popular expresada en la misma constitución. (Alvarez Alvarez, 2003).

Este argumento tendría como base la idea de limitar el poder de la mayoría, el sistema de frenos y contrapesos (al que me referiré con mayor detalle más adelante) y la supremacía constitucional. Sugiriendo así que, como lo hizo Marshall en “Marbury v Madison”, de existir conflicto entre una ley y la constitución, esta última debe primar. Esto debido a que es esta la que tiene expresada en ella en mayor parte el pensamiento del pueblo, es decir es el máximo reflejo de la conciencia popular. Y al priorizar está por sobre los actos de los otros poderes, se está haciendo prevalecer al pueblo sobre sus representantes (Amaya, 2010).

Vinculando estos argumentos con el tema central del trabajo, podríamos decir, por ejemplo, que al considerar a la constitución como norma suprema a cualquier otra, no tiene lógica el pensar que una ley o acto que la contradiga pueda permanecer siendo válido en el

ordenamiento jurídico, o al menos seguir afectando los derechos, de innumerable cantidad de ciudadanos, que la misma constitución protege. Dicho en otras palabras, si ya se constató que una ley o acto vulnera la constitución, no tendría ninguna lógica dejar que esta siga afectando a los particulares. Por lo tanto, y siguiendo esta línea de pensamiento, qué sentido tendría la idea de constitución y de un estado respetuoso de este, si este mismo estado al constatar la irregularidad de una norma y deducir que esta al ser de carácter general no solo puede estar afectando a las partes del proceso y, es más, constatando este hecho a través de cientos de procesos posteriores, continuara permitiendo que se vulneren los derechos de sus ciudadanos. Pareciera de esta manera que la eficacia del estado (o del poder judicial en específico) al ejercer el control de constitucionalidad deja mucho que desear. Sin embargo, a pesar de esto, este razonamiento no deja de tener sus puntos en contra. El principal es el que venimos tratando, la falta de “legitimidad democrática” de los jueces, o más bien de la forma en que estos ejercen el control, arrogándose la decisión final sin permitir al pueblo participar en esta. Podemos encontrar también problemas con esta visión, en los relativo a los distintos tipos de inconstitucionalidades, que desarrollare en el capítulo siguiente. Además de este también encontramos problemas como el de interpretación y las “credenciales democráticas” poco fuertes de la mayoría de las constituciones actuales, tema que expondré a continuación. Así como también, entre otros, los conflictos con la separación de poderes y de seguridad jurídica.

Continuando con el desarrollo, cabe decir que todos estos argumentos expuestos anteriormente para buscar defender la “judicial review” tienen un punto en contra común, y es que la constitución tiene, en su mayor parte, un lenguaje vago por lo cual los jueces tienen un alto margen de discrecionalidad al interpretar lo escrito en esta. Y es que la interpretación constitucional es de tal complejidad que no puede ser realizada sin tener muy cuenta ideales sociales y políticos de una comunidad en un momento determinado.

Al respecto Gargarella (2009) señala que: “Este argumento, como sabemos, no resulta plausible, justamente por el tipo de problemas a los que ya hiciéramos referencia acerca de las graves diferencias que nos separan de cómo interpretar la Constitución”.

Además, al enfrentar estos argumentos con la realidad de las constituciones actuales, como bien señala el autor citado, muchas de estas no tienen “credenciales democráticas demasiado fuertes” al estar sancionadas en regímenes democráticos que no resultan válidos en la actualidad, sea por estar solo sometido a votos de clases elitistas, excluir ciertas minorías, o tener formas de elección objetables (Alvarez Alvarez, 2003).

Continuando con los argumentos a favor del control judicial podemos enumerar los siguientes: que el juez es un tercero imparcial e independiente custodio del principio de legalidad, o que la jurisprudencia es una fuente de derecho creadora de valores, como así también que el Congreso no siempre resulta ser la expresión genuina del pueblo. Sin embargo, todas estas visiones, parecieran no llegar a ser de entidad suficiente para derrumbar la crítica establecida por Bickel (Alvarez Alvarez, 2003).

Con la misma entidad de los argumentos anteriores podemos encontrar aquellos que dicen que el Poder Judicial posee legitimidad democrática, ya que sus miembros también son elegidos (aunque de modo indirecto) por el pueblo, y cabe señalar que además los jueces se encuentran diariamente en contacto con la ciudadanía al ejercer sus funciones (Gargarella, 2009).

Sin embargo, como bien expresa Gargarella (2009), podemos decir que:

Nadie niega la (relativa) legitimidad democrática de la justicia (nadie dice que el Poder Judicial está en contradicción con, o es enemigo de, la democracia), Lo que se afirma es que, dado su menor grado de legitimidad democrática, el Poder Judicial debe mantenerse alejado de algunas tareas que reservamos para órganos que cuentan con más legitimidad popular.

El siguiente argumento a tratar sostiene que la “facultad de control de constitucionalidad judicial es un poder limitado”. Para esto se basa en las siguientes premisas. La primera de ellas es que el control se da en el marco de un caso judicial, es decir en virtud de un proceso que tenga a dos partes encontradas que buscan una resolución a su conflicto determinando cuál de ellas lleva la razón, y no de manera abstracta, con la prescindencia de las partes

teniendo los jueces la capacidad de al encontrar un conflicto de una ley con la constitución poder invalidarla (Alvarez Alvarez, 2003).

La segunda premisa refiere a los efectos de este control, según este argumento estos estarían limitados a las partes mismas del proceso, resultado del principio del caso judicial antes tratado y solo para resolver la cuestión requerida (Alvarez Alvarez, 2003). Cabe añadir, por la importancia que tiene esta premisa en el tema principal del trabajo, las posibles objeciones a esta premisa las tratare en el capítulo dos al hablar de los argumentos dados en torno al efecto de las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad.

La siguiente premisa es la de la “auto restricción judicial”, de acuerdo a esta doctrina los jueces deben dejar a cargo de los órganos representativos las decisiones respecto a los conflictos constituciones, a excepción de que se verifique una clara e irremediable incompatibilidad de estas decisiones con la letra de la carta magna. Esta doctrina tuvo su origen en Estados Unidos y su vertiente local se extiende hasta la propia Corte Suprema, con la doctrina de la “incompatibilidad inconciliable” (Alvarez Alvarez, 2003).

La última de las premisas es la de “remoción de los jueces”. Esta posibilidad se da ante el “mal desempeño” de estos. Sin embargo, como bien señala el autor, puede tornarse peligrosa al permitir que las mayorías provisionales del congreso tomen el poder total al remover a los jueces que afecten sus posturas de sus cargos, pudiendo de esta manera llegar a imponer sus posturas incluso ante la Corte Suprema al remover alguno de los jueces que la integren (Alvarez Alvarez, 2003).

Con todo esto se podría llegar a la conclusión de que el argumento “contra mayoritario” pierde bastante de su fuerza, ya que se podría decir que el conflicto entre el Judicial y los restantes poderes, especialmente el congreso (representante institucional del pueblo y sus diversas visiones), se disipa en gran parte al limitar los efectos de la sentencia, solo permitir la intervención del judicial en casos de ultima ratio y permitir un control del legislativo hacia los jueces (Alvarez Alvarez, 2003).

El gran problema que tiene esta teoría a mi parecer, es que, si bien se puede llegar a entender en el mejor de los casos que “hacer perder fuerza” a la “crítica anti-mayoritaria”, no significa que la supera, o que se haga eco de alguna manera de las objeciones más importantes dadas por esta. A mi entender, y dicho sintéticamente ya que desarrollare esto más adelante, lo más valioso que tiene por aportar esta crítica a la forma de ejercer el control, es señalar la falta de participación que se da el pueblo en la toma de decisiones trascendentales para la vida cotidiana de cada uno de sus integrantes. Y esta teoría solo permite de manera muy indirecta que este adquiera más participación, a través de su última premisa. Además de tener, como ya señalé, posibles objeciones en torno a la segunda premisa que tratare más adelante. Sin embargo, me parece importante recalcar nuevamente, el interés que tiene tratar los efectos, ya que estos pueden influir en gran medida en la justificación del control judicial de constitucionalidad, como también puede darse a la inversa.

Como se viene exponiendo, las dificultades señaladas por la “crítica anti-mayoritaria” no son de difícil superación, viendo esto muchos autores decidieron dar un vuelco a las formas de defender repensando de esta manera la tarea de judicial.

Entre ellos podemos encontrar a John H. Ely, quien propuso un control procedimental de los jueces, según este razonamiento los jueces serian una suerte de árbitros del proceso democrático, destinados a asegurar que las leyes no violenten los presupuestos del proceso democráticos (Amaya 2010).

Considerando que este proceso es el resultado de reglas que buscan asegurar los elementos necesarios para que se dé una democracia (sufragio universal, igualdad de condiciones, libertad de expresión, etc). Es debido a la existencia de estas reglas que se puede hablar de un proceso democrático valido, por lo cual, y debido a su vital importancia, deben ser protegidas. (Alvarez Alvarez, 2003)

A partir de esta visión, es que Ely sugiere, una constitución procedimental, que regle los procedimientos democráticos para evitar la exclusión de esas minorías, o ciertos sectores

sociales en desventaja, y garantizar la igualdad de participación sin imposición de ideales políticos, que serán discutidos en política (Amaya 2010).

Aquí es donde entra el Poder Judicial, según la visión de Ely, para hacer de censor de este proceso, asegurando que las reglas se den de manera correcta, limitando su poder a la revisión de procedimientos y no a las decisiones relativas a valores, para así garantizar la discusión y el respeto a la decisión tomada. (Alvarez Alvarez, 2003)

Verificando el procedimiento de creación de leyes y entrando al juego cuando se restringe la igualdad de participación o se discrimina a las minorías con base en prejuicios o estereotipos inadmisibles (Amaya 2010).

De esta manera, y según esta visión, los jueces estarían fuera del sistema, actuando como árbitros deportivos, evitando la ventaja que puedan obtener las partes de manera abusiva, sin señalar la manera en que estas deben jugar y de ninguna manera participar en el juego. Es así que, con palabras de Ely (citado por Alvarez Alvarez, 2003)), los jueces deben “limpiar los canales del campo político y evitar la discriminación contra las minorías”.

En esta propuesta podemos ver, a mi parecer, una transformación en los argumentos dados a favor del control judicial. Estos venían teniendo una clara inclinación hacia la defensa del control con bases en la supremacía constitucional más que por la vertiente democrática. Buscando no enfrentar el problema de manera antagónica, sino buscando una alternativa, en principio, más conciliadora. Sin embargo, me parece también importante señalar que, según mi opinión, esta teoría en esa búsqueda de conciliar la revisión judicial con las objeciones señaladas por la crítica “antimayoritaria” se decantó de manera marcada hacia el principio de “Democracia”, abandonando el concepto de “Constitucionalidad” como defensor de valores infranqueables, convirtiéndolo en un apartado de reglas destinadas a proteger el proceso democrático. En cuanto a los efectos, si adhiriéramos a esta postura, a mi parecer no quedaría otra opción que los efectos generales, ya que de encontrar que en el proceso de creación de una norma se violentaron esas leyes procedimentales, violentando la participación de las

minorías, no les quedaría más alternativa que impedir que esta siga vigente, sea permitiendo que estos la eliminen del ordenamiento o dejándola sin vigencia en la práctica.

Esta propuesta ha sido criticada por tener como fundamento esta distinción entre lo que sería contenidos sustanciales, sobre los cuales los jueces no podrían intervenir y caerían en el juego político, y los presupuestos procedimentales. Se ha acusado a esta distinción de ser falaz, o por lo menos difícil de concretar en la realidad. Además, fue criticada por la débil protección que da a los presupuestos sobre los que se funda (los procedimentales) ya que, en caso de duda o imposibilidad al advertir transgresiones sobre estos, el juez deberá aceptar los fundamentos del legislador para evitar imponer de esta manera su propia ideología (Amaya 2010).

A continuación, expondré algunos argumentos a favor de la revisión judicial que como el anterior, al contrario de muchos de los dados hasta ahora, si se hacen eco de la “crítica contra-mayoritaria” buscando mejorar la “democraticidad”.

Entre estas propuestas podemos encontrar aquellas que sugieren “la utilización de formas semi-directas de democracia para revocar una decisión judicial de inconstitucionalidad o bien como referéndum derogatorio”. El primer supuesto a través de un pronunciamiento popular que sometiese a consenso el acto judicial y el segundo mediante el voto que permitiera dejar sin efecto la norma declarada inconstitucional. Otras de las medidas posibles, en este caso más puntualizado en lo atinente a omisiones legislativas, la posibilidad de pedir informes a las comisiones parlamentarias para justificar las omisiones. Como así también la sugerida, y bastante discutida, elección de los jueces a través del voto (popular o indirecto a través de representantes). (Alvarez Alvarez, 2003).

Entre estas doctrinas que buscan superar la “dificultad contra mayoritario” podríamos situar a la doctrina de la “revisión judicial dialógica”, que nace en el seno de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982. En este ordenamiento, como resultado de lo estipulado por la Carta, se permite expresamente la revisión judicial de normas por parte de la Corte, sin ninguna disposición con la que esta tenga lidiar (Mark Tushnet, 2008). Sin

embargo, se permite al legislativo hacer frente a esta revisión, a través de la cláusula “no obstante”, permitiendo así al parlamento mantener la norma más allá de haber sido invalidada por el judicial por periodos renovables de 5 años.

A partir de esto ciertos doctrinarios señalaron la existencia de una corriente “inexplorada” en la literatura doctrinaria sobre la legitimación de la revisión judicial, esta es, la de que esta “es parte de un “diálogo” entre los jueces y las Legislaturas” (Hogg y Bushell, 1997).

La definición del dialogo al que refieren los autores se daría en aquellos casos en los cuales a “una decisión judicial que anula una ley con fundamentos en la carta le sigue alguna acción del cuerpo legislativo competente”. Esto debido a que consideran que en estos casos “debió haber una reflexión acerca de la decisión judicial por parte del gobierno y se debió adoptar una resolución respecto de cómo reaccionar frente a ella” (Hogg y Bushell, 1997).

Esta visión tuvo sus críticos, como señala Tushnet (2008), quienes sostenían que el hecho de que los legisladores consintieran la decisión de la corte, o que ajustaran las leyes a lo dispuesto por esta, es compatible tanto con la idea de resolución dialógica como con la de supremacía judicial, y que el test de la primera se da realmente cuando la Corte abandona su visión por una preferida por el legislativo, o cuando el parlamento usa la cláusula “no obstante” en beneficio de su interpretación.

A pesar de esto, resulta atinado citar las algunas palabras de Hogg y Bushell (1997):

No obstante, es probable que dejar lado las medidas correctivas que han seguido las ordenes de la corte –mediante la derogación o modificación de la ley declarada inconstitucional- implique una noción de dialogo demasiado limitada. Después de todo, ¿siempre es posible que el resultado de un dialogo sea un acuerdo entre los participantes! E incluso si los excluimos, sigue habiendo una gran mayoría de casos en los que el órgano legislativo competente ha respondido a una decisión de la Carta cambiando el resultado de manera sustancial. Por supuesto, como fuere que se lo defina, el dialogo entre los tribunales y las legislaturas canadienses sigue siendo muy frecuente.

Junto a este modelo dialógico se pueden encontrar otras expresiones de corrientes dialógicas en lo referente al tema que aquí trato. Entre ellas encontramos, como señala

Gargarella (2013), al “nuevo modelo Commonwealth del constitucionalismo” que surgió para retomar el desarrollo institucional generado por la Carta de Derechos y Libertades Canadiense, dando lugar de esta manera a un nuevo sistema institucional, menos rígido y más conversacional. “Combinando elementos tradicionales del common law con nuevas declaraciones de derecho” esto debido a mecanismos que involucran al legislativo en la revisión de normas y a la adopción de formas “débiles” revisión judicial. Estas son las que se alejan de la “última palabra judicial” como puede ser el caso de Canadá.

Además de este nuevo modelo, el autor también señala como relevante, el reciente “derecho de consulta” reconocido a las comunidades indígenas, que permite a estas participar en la toma de decisiones con respecto a medidas tanto legislativas como administrativas que las afecten directamente. Teniendo este nuevo derecho reconocimiento en la Convención 169 de la OIT (1989). Y siendo retomada en la Declaración de la ONU referente a los derechos de los pueblos originarios, del año 2007 (Gargarella, 2013).

Por último el autor señala la novedosa práctica judicial ante “juicios de tipo estructural”, que abarcan problemas públicos, de carácter masivo y graves transgresiones de derecho, que mediante medidas poco convencionales, como Audiencias Públicas, en las que participan tanto personas afectadas como representantes de la sociedad civil. (Gargarella, 2013).

Sin embargo, el mismo autor, señala un problema que persiste, aun en estas nuevas corrientes, este es “la ausencia efectiva de las mayorías y minorías en desventaja en las instancias de dialogo imaginadas o sugeridas que acabamos de describir”. Siguiendo el razonamiento señala “uno de los problemas más importantes que se asocian con los mecanismos de dialogo se refieren al poco espacio que reservan a dar una participación protagónica a la ciudadanía”. (Gargarella, 2013).

A lo que concluye que mientras a las minorías y mayorías se les impida influir en la política y acceder a sus representantes, difícilmente la recuperación de la posición del legislativo, resultado de estas nuevas corrientes, se convierta en una recuperación de lugar del “pueblo” dentro de la política. Por ende, sostiene que mientras los cambios no sean de

otro tipo (refiere a reformar el sistema de frenos y contrapesos) la política seguirá siendo ese “diálogo entre elites” (Gargarella, 2013).

Por lo cual, el autor hace una nueva formulación para tratar de “repensar la función judicial” a través de una mirada dialógica, para lo cual primero establece un “ideal regulativo” en el cual la situación permita que todos los potencialmente afectados por una decisión participen en la discusión en relativa igualdad, para lo cual ese ideal deberá contar con tres elementos: inclusión, deliberación e igualdad. A través del aseguramiento de estos elementos el control judicial puede ser compatible con el “ideal democracia” en la manera que contribuya a asegurar ese “ideal deliberativo” y sea el “motor y garante de la deliberación pública” en vez de remplazarla (Gargarella, 2009).

Además de la “crítica contramayoritaria” encontramos otra corriente crítica, más actual, al control judicial, la denominada “popular constitutionalism”. Esta teoría tiene como idea base que la constitución pertenece al pueblo, y no a los jueces. Esta postura tiene diversas variantes, en la cual podemos encontrar posturas más fuertes, como la de Tushnet, que proponen deshacerse del control judicial, otras que no buscan eliminarlo, sino que buscan quitarles la supremacía que revisten al tener la última palabra, postura de Kramer, y una de carácter intermedio que si bien no critica directamente el sistema propone reformarlo, que sostiene Levinson. (García-Mansilla, 2010)

La primera postura a tratar es la de Tushnet, el cual critica con dureza el “judicial review” por considerarlo elitista. A su vez entiende que la “judicial review” trae como consecuencia que los actores políticos, que son verdaderamente legitimados a tomar decisiones por ser los que hablan por el pueblo, no asuman sus responsabilidades ni se preocupan por la constitución debido a que saben que esto les compete a los jueces. Por lo cual propone eliminar el instituto del control judicial, impidiéndolo a través de una reforma judicial (García-Mansilla, 2010).

La segunda postura corresponde a Kramer, este autor, al igual que Tushnet, critica el elitismo del sistema de control judicial, a su vez considera que solo las partes del proceso

debería sentirse obligadas a cumplir con las decisiones de las cortes. Ya que, después de hacer una revisión a la historia constitucional de los Estados Unidos, considera que los padres fundadores no y las generaciones venideras no habrían aceptado someterse a un control por parte de abogados de la elite, que les diga que dice la constitución. Por lo cual sugiere que se someta las interpretaciones constitucionales de la Corte a aceptación popular, permitiendo al pueblo rechazarlas. Asimismo sugiere la adopción de un sistema “europeo” de control, como designación por mayoría de los jueces y acortar su duración en los cargos (Garcia-Mansilla, 2010).

La otra variante de esta corriente es la posición intermedia que toma Levinson. Según este, el impacto del control judicial tiene menor relevancia de lo que la mayoría afirma. Sin embargo considera, en consonancia con Kramer, que el instituto de la duración vitalicia de los jueces es indefendible, por lo cual hay que reformarla. Esto debido a que, en opinión del autor, genera una especulación política para mantener la influencia por mayor tiempo (Garcia-Mansilla, 2010).

En crítica a esta corriente encontramos a autores como Alexander y Solum, los cuales consideran que las críticas al sistema judicial generadas en esta corriente, están viciadas de gran vaguedad e imprecisión en la delimitación de sus conceptos. A su vez señalan la dificultad que acarrearía la hipotética diversidad de voces que generaría el tener al pueblo como el ultimo interprete de la constitución, debiéndose generar instrumentos institucionales destinados a traducir esa multiplicidad voces en una sola. (Garcia-Mansilla, 2010)

Otro de los críticos que encontramos es Chemerinsky, el cual también critica la imprecisión de estas teorías y a su vez considera que estas se basan en una “visión romántica” de que se puede confiar en el pueblo la protección de la constitución cuando han existido a lo largo de la historia mayorías persiguiendo a minorías de distintos tipos. Considera así que si se da esta teoría quedarían desechados los frenos contra el abuso de las mayorías.

La otra crítica a la corriente del “constitucionalismo popular” es la que genera Tribe, este considera que la mayoría de las críticas generadas al “judicial review” van dirigidas a la Corte

y tienen como base la ideología política, principalmente de izquierda. Además, señala que esta corriente propone un sistema en el cual hasta la propia constitución sería borrada por carecer de propósito (García-Mansilla, 2010).

El otro de los grandes críticos al control judicial de constitucionalidad que podemos encontrar es Waldron, este propone enfocar la crítica del constitucionalismo popular desde otro enfoque. Este critica principalmente el control constitucionalidad judicial sobre leyes por considerarlo un sistema de toma de decisiones inapropiado e imperfecto para una comunidad democrática. Para el autor no existe razón para suponer que los derechos serán mejor protegidos por los jueces que por los legisladores, considerando la calidad de los debates generados en este seno en el pasado sobre temas de gran controversia constitucional (aborto, abolición pena de muerte, etc), a su vez el resultado favorable de estos para las minorías. Waldron aclara que sus críticas se dirigen solo hacia la “versión fuerte del control judicial” y construye unos requisitos para que su crítica tenga validez. Las cuales son: una sociedad con instituciones democráticas que funcionen de manera correcta; una institución judicial que funcione de forma aceptable, miembros no designados de forma representativa, que se hagan cargo de disputas judiciales individuales y que tengan a su cargo el rol de mantener el Estado de Derecho; Compromiso por parte de la mayoría de la población y funcionarios respecto a los derechos individuales y de las minorías; Un desacuerdo persistente y de buena fe. (García-Mansilla, 2010)

En contra de estas críticas se presenta Fallon, el cual señala que hay una gran falacia en su argumento, esta es: “el tipo de sociedades que plantea Waldron. Considera este autor que no se debe reemplazar la revisión judicial por el control del legislativo, sino que ambos tienen que convivir, ya que de ser posible este desacuerdo de buena fe no implica que una institución alcance mejores resultados que la otra. Por ende el punto pasa por el tipo de errores que se busca evitar (una sobreprotección o una violación de derechos). Según este autor el control múltiple que sugiere brinda una mejor protección que la variante sugerida por Waldron. Además cabe señalar que para Fallon, la única forma de medir la legitimidad es bajo un análisis conjunto del régimen político y no parcializado, sosteniendo que aun en el caso de que algún

órgano carezca de legitimidad democrática, el régimen político puede en su conjunto gozar de tal. (García-Mansilla, 2010).

A mi forma de ver, en estas teorías se ve claramente marcada la puja entre Democracia y Constitucionalidad. Siendo, en gran parte, el constitucionalismo popular defensor acérrimo de la primera, mientras que sus críticos, algunos de forma marcada, defensores de la segunda.

Esto a su vez influye de gran manera en los efectos que se asigne al control. así tenemos que la segunda visión del constitucionalismo popular, la de Kramer, ciñe estrictamente los efectos de las sentencias a las partes. Mientras que la postura de Tushnet busca directamente eliminar el control judicial.

Reflexiones Finales

En este capítulo se ha desarrollado uno de los puntos fundamentales que atañe al tema como es el de control de constitucionalidad, en especial el ejercido por el poder judicial. Se han expuesto las definiciones que considero más importantes a desarrollar en este punto, y ya con la misma conceptualización de ideas como “supremacía constitucional” y definición del control que la protege se puede vislumbrar de gran manera las grandes implicancias del tema en el derecho moderno.

Debido a esta gran importancia es que, más adelante en el desarrollo del capítulo, expongo el gran debate que se generó doctrinariamente en torno a situar al poder judicial como órgano encargado de ejercer este control. Se han revisado desde aquellos argumentos que objetan o buscan validar la potestad del poder judicial como órgano encargado del control de constitucionalidad. Tanto desde un punto de vista normativo, como desde la visión democrática. Esta última con grandes argumentaciones en torno a la legitimación democrática de los jueces, desde la “crítica al carácter anti mayoritario de Bickel”, pasando por las posturas que le buscaban hacer frente, así como aquellas que buscaban superarla de un modo alternativo (como lo hacen algunas corrientes dialógicas), como luego las críticas

generadas por la corriente del “Popular Constitusinalism”. Este debate, con las diferentes razones dadas por los doctrinarios que trataron el tema, sirve para enseñar los posibles puntos positivos y negativos de aceptar una de las premisas básicas de este trabajo, las “declaraciones judiciales de inconstitucionalidad”. Sobre muchos de estos puntos volveré más adelante, de forma más exacta en el capítulo cuatro, para buscar dar respuesta a la pregunta que inspira este trabajo, la cual es: “¿existe la posibilidad de que los jueces declaren la inconstitucionalidad de normas con efectos erga omnes en nuestro país?”

Sin embargo, a forma de adelanto o conclusión parcial si se quiere, respecto al control de constitucionalidad judicial entiendo que en el caso de nuestro país existe una legitimación legal indiscutible. Ya que, a través de la reforma, la constitución misma reconoce esta atribución a los jueces. Con respecto a la legitimidad democrática considero que aún quedan cosas que hacer. Si bien entiendo, como lo hace Gargarella, que ha habido un gran avance en nuestro país con la utilización de litigios de tipo estructural comparto que se debe avanzar sobre la posibilidad de dotar al Poder Judicial de mayor legitimidad democrática permitiendo así participar al pueblo en la toma de decisiones, posicionándolo como un “coordinador de la discusión popular”, o más bien como “un director” de esta, ya que no comparto el rechazo hacia la denominada “última palabra” la que considero de fundamental relevancia para el mantenimiento del sistema constitucional, al menos en tiempos y espacios determinados.

Todo lo expuesto supra, se vincula en gran manera con los efectos que tenga esta decisión, como fuimos viendo en el desarrollo. Ya que, como dije anteriormente, dependiendo del objetivo que le demos al control de constitucionalidad y, por ende, los posibles límites o libertades que le demos a su órgano ejecutor, repercuten inmediatamente en los efectos que se le den a dicho control. Esto debido a que toda la eficacia del sistema depende de los efectos que se a las decisiones que se tome. Las posibles variantes en torno a los efectos, así como sus consecuencias en la forma de tomar decisiones y su eficacia, además de la forma en que están se vinculan con la estructura del sistema, serán exploradas en el capítulo siguiente.

CAPITULO 2:

EFECTO ERGA OMNES.

Introducción

Para continuar con el desarrollo del trabajo pasare a tratar el otro de los puntos fundamentales para resolver la problemática que inspira este trabajo, que es el que atañe a los efectos o alcances que debería tener, en este caso, la declaración de inconstitucionalidad. Como he señalado, ya numerosas veces, la eficacia del control se ve en gran medida condicionada por sus efectos. Y los efectos a su vez se ven condicionados por los límites que tenga ese control. Y estos límites dependen en gran medida de quien sea el encargado de ejercerlo. En el capítulo anterior vimos, a través de las distintas teorías, como al cambiar la visión sobre la tarea que debía ejercer el judicial los mismos efectos de su control iban cambiando.

Así vimos también que comúnmente, en los sistemas judiciales, es decir aquellos que dan la potestad al judicial para ejercer el control de constitucionalidad, esto está ligado, generalmente, a si se elige un sistema difuso (el cual tendría efectos limitados al caso concreto) o uno concentrado (el cual si contendría la posibilidad de extender dichos alcances a unos erga omnes). Si bien, en mi opinión, esto no es completamente de esta manera, como ya señalé en su oportunidad. Lo cierto es que, en nuestro país, el sistema de control de constitucionalidad, adquiere las características de un sistema judicial difuso.

Por lo cual, el objetivo de este capítulo, es observar las diferentes respuestas que se han dado hasta el momento a la primera pregunta formulada en la introducción, la cual es: ¿Es posible, en nuestro país, extender los efectos del control de constitucionalidad judicial? Para esto voy a detallar las diferentes teorías o razones que se han dado para admitir en nuestro país este efecto en las sentencias declarativas de inconstitucionalidad o, en su caso, para rechazarlo. Sea con argumentos que permitan considerar que no habría inconveniente en extender los alcances en un sistema difuso como el nuestro o hablar, en su defecto, de un posible sistema mixto, como con argumentos que fundamenten la imposibilidad de estas consideraciones. A su vez relacionare esas teorías con las vistas en el capítulo anterior, para

observar que las bases teóricas que se han dado tanto para fundamentar como para rechazar el efecto erga omnes tienen su relación con las dadas en su momento para aceptar o rechazar el control judicial de constitucionalidad. Y que estas tienen que ver exclusivamente con la función que se espera de quien ejerce el control.

Para tratar esto de manera correcta, me parece atinado comenzar definiendo conceptos como los de sentencia y cosa juzgada para dar lugar así a la exposición de los diferentes tipos de alcance que esta puede tener (inter partes o erga omnes) señalando sus diferencias y las implicancias prácticas que significan cada una. Luego para finalizar se tratarán las diferentes argumentaciones doctrinarias dadas en torno a este punto, exponiendo en concreto la discusión dada en el seno de nuestra doctrina nacional respecto a la posibilidad de admitir el efecto erga omnes en las sentencias declarativas de inconstitucionalidad. Para luego señalar cuales son a mi parecer, los argumentos más importantes para aceptar o rechazar el efecto erga omnes en Argentina. Todo esto me permitirá seguir ampliando sobre la problemática del control judicial de constitucionalidad, el efecto erga omnes, y los criterios y condiciones que permitirían aplicarlo.

2.1 Sentencia. Cosa Juzgada. Efectos Erga Omnes e Inter Partes

La sentencia es definida comúnmente como el modo de finalización de un proceso judicial, un acto mediante el cual el órgano del estado encargado, es decir el judicial, resuelve definitivamente una cuestión sometida a su consideración.

Con la sentencia es que el estado busca poner fin a las posibles controversias que se den en su seno, tanto estas tengan como partes a particulares, al estado mismo o los órganos y funcionarios que actúan en su nombre. A través de esta se logran hacer efectivos los diferentes derechos y objetivos que la constitución manda, y permite al Judicial lograr sus propios objetivos.

Es que sin esta posibilidad el estado difícilmente podría asegurar a sus habitantes los derechos que la constitución y las leyes les prometen, así como un asegurarles un orden y una resolución de conflictos de forma pasiva que de sentido a la creación de estado por parte de los individuos que lo forman y abandonan una parte de su libertad para someterse a límites establecidos en pos del mejor desarrollo y una mejor calidad de vida. Por lo cual, para dotar a la sentencia, y de esta manera al Poder Judicial, de la fuerza que requiere para llevar a cabo tan importante misión es que se la inviste de cosa juzgada.

Este atributo de la sentencia es lo que permite que una vez decidido algo por el juez, que resuelva la controversia que fue puesta en sus manos, esto tenga un carácter de definitivo, de manera que, en principio, no pueda volver a ser discutida en el futuro. Este es el objetivo por el cual los particulares recurren al poder judicial, para dar un fin y una resolución a las controversias, que los dividen, de forma pasiva. Para poner un “fin” a las discusiones que los aquejan y darles solución.

Ahora con respecto al alcance que esta decisión debería tener, o dicho de otra forma, a cuantos individuos afecta la “cosa juzgada”. Generalmente estos se dividen en dos el efecto inter partes y el efecto erga omnes. En el primero afectaría solo a las partes del proceso, mientras que en el segundo lo decidido afectaría a la comunidad entera.

Para poner estos en los términos del control de constitucionalidad los denominados efectos inter-partes, la eficacia de lo decidido abarca solo a las partes del proceso, dejando fuera del caso, como bien señala Bidart Campos (2001) la vigencia general de la norma declarada inconstitucional.

Es decir que con estos efectos la norma reputada inconstitucional solo es invalidada para el caso judicial concreto, quedando esta norma aún vigente dentro del ordenamiento jurídico con respecto a otros casos. Estos efectos, según Sagüés (2007, pág. 107), receptionan de mejor manera las doctrinas de inconstitucionalidades relativas y evolutivas. Las primeras se darían en el caso en que una ley declarada inconstitucional en determinado caso, no cause agravio en otro y que por ende no se la declare inconstitucional. Las segundas se darían

cuando en determinado momento, a partir de las creencias propias de ese tiempo, se reputa una norma de inconstitucional (o no), y a través de las variaciones en las creencias con el paso del tiempo, esta deja de serlo (o pasa a serlo). El ejemplo que pone el autor sobre estas “inconstitucionalidades evolutivas” es el caso del divorcio. El cual, en determinada época, por ley, era “no vincular” y que, con el paso del tiempo, la Corte reputo a esta restricción de inconstitucional.

El otro tipo de efectos, más amplios, son los denominados efectos erga-omnes, es decir “respecto de todos”. En este tipo de efectos podemos encontrar dos nociones utilizadas por la doctrina. Tenemos así una primera amplia, según la cual el efecto erga omnes se da cuando la eficacia de la cosa juzgada no solo rige para las partes que intervinieron en el proceso, sino que también para terceros ajenos a este, entendiendo en este caso a la comunidad entera. Esta noción es utilizada por gran parte de la doctrina.

La otra noción que encontramos es una más restrictiva. Esta es la que señala por ejemplo Bidart Campos (2001):

Cuando la sentencia invalida con alcance general la norma declarada inconstitucional, el efecto se extiende más allá del caso: o sea, es amplio, extra partes, o erga-omnes; tal resultado admite producirse de dos maneras: o por derogación directa y automática: o porque la sentencia obligue al órgano emisor de la norma inconstitucional a derogarla

De esta manera, esta noción solo define aquellos casos en donde la sentencia declarativa de inconstitucionalidad deroga la norma en cuestión.

En esta última encontramos a Rivera y Legarre (2009). Estos consideran que en los sistemas cuyos efectos son inter-partes es más apropiado hablar de expansión (directa o indirecta) de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad. Esto debido a que en estos sistemas no se permite a los jueces derogar la norma reputada de inconstitucional.

La expansión directa a la que refieren, se da en los casos en los que los efectos se expanden en virtud de una “representación”. Señalan el caso del artículo 43, de la Constitución Nacional, que permite a ciertos sujetos (por ejemplo, el defensor del pueblo) interponer la

acción de amparo para los derechos denominados de “incidencia colectiva”. En estos casos consideran que los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad se expanden hacia todas las personas que se encuentran dentro del grupo “representado” por estos sujetos (Rivera y Legarre, 2009).

La llamada expansión indirecta consiste en la obligación que tienen los jueces de resolver respetando las sentencias anteriores de jueces de jerarquía superior, que resolvieron casos similares. De esta manera se expanden las decisiones tomadas en un fallo, con respecto a la inconstitucionalidad de una norma u acto, a otros casos de características similares, indirectamente, a través del respeto que le merece al juez la decisión tomada por un tribunal superior jerárquicamente (Rivera y Legarre, 2009).

Más allá del respeto que merece los diferentes tipos de nociones que se tenga sobre el concepto de efecto erga omnes, me gustaría señalar que en este trabajo la noción que se encuentra más apropiada, de acuerdo a la realidad que voy a exponer a continuación, y al uso que se le ha dado en los argumentos que se van a explorar, la primera, si bien también voy a señalar los efectos que se logran en ambas.

Sin embargo, me gustaría hacer una aclaración en este punto. De inclinarnos por el concepto más restrictivo de los efectos “Erga Omnes”, que es aquel que señalo en su momento Bidart Campos (2001), y en parte los autores supra citados. El efecto “Erga Omnes” a mi entender se da en los casos en los que una norma queda derogada, a través de una sentencia judicial, así como también cuando este órgano exhorta, a través de esta, al órgano respectivo, en nuestro país el Congreso, para que deje sin efecto esta norma. Y también comprende la noción de aquellos casos en los que se ven afectados por la sentencia personas que no participaron efectivamente del litigio.

Sin embargo, me parece de interés tomar la noción de derogación de la norma no solo de manera formal, sino también hacer alusión a cuando la declaración de inconstitucionalidad deja sin efecto práctico a esta. Esto me parece de singular interés porque lo veo como una

forma de aceptar la realidad práctica de los efectos de la sentencia, sin tratar de nublarla a través de concepciones que, en la práctica, a mi parecer, carecen de sentido.

Para aclarar más sobre este punto voy a crear una hipótesis sobre el posible caso lo que sería esta especie de derogación tácita o fáctica que no contemplan las definiciones más restrictivas del efecto “erga omnes”. Supongamos así que un artículo de norma señale en su letra los sujetos destinados a esta, por ejemplo “los consumidores”, y a su vez ponga en estos una carga que les ocasionare un perjuicio que se pueda considerar inconstitucional. Una vez visto esto, un legitimado, inicia una demanda, a través de un representante, para buscar la inconstitucionalidad del artículo y, una vez comprobada esta por el judicial, se declara su inconstitucionalidad. Este caso podría caer en lo que se entiende como expansión directa de los efectos, sin embargo, en la práctica lo que sucede es que la misma norma se encuentra derogada. Este artículo no tiene ninguna vigencia fáctica, ya que en ningún otro caso se podrá aplicar. Esto porque todos los sujetos a los que este artículo imponía sus cargas ya se encuentran libres de estas.

Si bien lo correcto, y más apropiado a mi forma de ver, sería que el mismo órgano emisor de esa norma la derogue formalmente. De no pasar esto, no se puede negar, que la misma ya se encuentra derogada. Aceptar lo contrario sería a su vez aceptar que esta norma puede continuar violentando los derechos de los particulares. Esto debido a que, si no lo aceptamos, nos arriesgamos a que, en virtud de una norma claramente derogada por una inconstitucionalidad inconciliable, sea el estado mismo el que a través de esta continúe vulnerando los derechos de sus ciudadanos y produciéndoles daños, justificándose en que la norma aun continua vigente, lo que no es algo extraño en nuestro país lamentablemente. Con lo cual, la eficacia misma del control de constitucionalidad se ve claramente afectada. Al permitir que en estos casos se aplique el efecto erga omnes, alcanzando a todos aquellos que si bien no son partes se encuentran vulnerados por esta norma inconstitucional, estamos dándole la eficacia que requieren este tipo de inconstitucionalidades y permitiéndole al poder judicial tutelar efectivamente los derechos comprometidos.

El caso que expuse supra se puede comprender en lo que la doctrina de los efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad estadounidense entiende como efecto “on its face”. Para desarrollar este punto con más detalle voy a pasar a exponer las dos posturas históricas dadas en estados unidos con respecto al efecto de las sentencias.

La primera de ellas, sostenida por Cooley, entendía que si una ley era declarada inconstitucional, esta norma no era derecho, por lo cual esta resultaba inaplicable en forma absoluta. La segunda, por el contrario, entiende que la declaración de inconstitucionalidad solo se da dentro del caso y respecto las normas involucradas en el, doctrina sostenida por Bickel, autor que ya citamos en el capítulo anterior. Como consecuencia de estas posturas se creó una doctrina acerca de los posibles efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad. Esta, divide los posibles efectos en dos: “as applied to particular facts” y “on its face” (Bianchi, 2002).

El primero se da cuando el juez entiende que una norma es inconstitucional en un determinado caso, no siéndolo en circunstancias diferentes a este. De esta manera las posibles aplicaciones constitucionales de una norma son separables de sus posibles aplicaciones inconstitucionales (Rivera y Legarre, 2009).

El segundo caso se da cuando una norma reputada inconstitucional es inaplicable en todos los casos y no solamente en el caso concreto. Este supuesto puede ser admitido en dos casos. El primero de ellos cuando, a diferencia del “as applied” no se pueden encontrar posibles aplicaciones constitucionales en la norma. Siendo esta inaplicable en cualquier circunstancia imaginable. El segundo caso se da cuando si bien existen posibles aplicaciones constitucionales a la norma, hay razones de política constitucional que llevan al tribunal a declarar su inaplicabilidad total, por no considerar adecuado ir delimitando caso por caso los contornos constitucionales de la norma (Rivera y Legarre, 2009).

Es este el caso, el de los efectos “on its face”, el cual también encuentro incluido en mi noción de efecto “Erga Omnes”, con las consideraciones necesarias. Rivera y Legarre (2009), por el contrario, no entienden que sea el caso, ya que expresan que:

En principio, y en teoría, tanto la declaración de inconstitucionalidad on its face como la as applied generan efectos directos solamente entre las partes del litigio, respecto de las cuales la decisión goza de autoridad de cosa juzgada y, por tanto, no puede volver a ser discutida

Sin embargo, refiriéndose al derecho estadounidense, señalan que la:

extensión indirecta de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad —que se genera como consecuencia del stare decisis vertical— se potencia claramente cuando la norma es declarada inconstitucional on its face por la Corte Suprema. En estos casos, la norma queda “totalmente inoperativa”

Quiero hacer las siguientes consideraciones sobre esto. Como ya aclaré, y por los fundamentos dados anteriormente, creo que el hecho de que una norma quede completamente inoperativa debería quedar encerrado en la noción de efecto “erga omnes”. Considero, además, que esto no solo puede ser resultado de una extensión indirecta, sino que también puede resultar de una extensión directa resultado de la “representación” dentro de un proceso colectivo, como en el ejemplo que di supra. Además de esto, quisiera también aclarar, que este modo expansivo no subsana el problema del que hable supra, debido a que requiere que todos aquellos que se quieran ver beneficiados por ese fallo, deban iniciar un proceso judicial. Lo que, a mi forma de ver, complica demasiado, e innecesariamente, el camino para obtener una tutela que el mismo estado, a través del poder judicial en su ejercicio de control de constitucionalidad, debería brindar sin obstáculos.

Ya determinada la noción que pretendo utilizar del efecto erga omnes, paso a exponer la discusión generada en la doctrina torno a la admisión de dicho efecto en el derecho argentino. Vinculando los argumentos dados en esta, en la manera de que esto sea posible, con argumentos expuestos en el capítulo anterior. Además, luego expondré casos en donde, según la doctrina, se puede hablar de efectos erga omnes dentro de nuestro derecho y los fundamentos por los cuales se acepte legalmente esta posibilidad.

2.3 Argumentos en torno al efecto erga-omnes en las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad.

En nuestro país se ha desarrollado bastante literatura en lo que corresponde al efecto erga-omnes de las sentencias. Más que todo en lo referido al control de constitucionalidad de los reglamentos administrativos de alcance general. Generando de esta manera diversos argumentos, a favor y en contra, del alcance de estos en la doctrina nacional.

La discusión, como antes señale, tiene su mayor tratamiento en el seno del derecho administrativo, con respecto al tema de la impugnación de reglamentos. Esto se debe a la gran relevancia del principio de legalidad administrativo, en virtud del cual, la administración debe actuar de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico, necesitando que este lo habilite previamente. Este principio, como condición preexistente del actuar administrativo, delimita las fronteras del actuar legítimo de la administración de manera expresa. De esta manera, cuando la administración trasciende esas fronteras, actuando de manera ilegítima, es que surge la “posible consecuencia, en caso de ser un reglamento la norma sometida a control de legalidad, de su anulación general o con efecto erga omnes” (Lavié Pico, 2012).

Esto es así debido a que, según los que sostienen que se debe dar el efecto erga omnes en las declaraciones de invalidez de un acto con alcance general (como son los reglamentos), la administración no podría, una vez que conoce que un reglamento está viciado de nulidad por una declaración judicial, mantenerlo en vigencia, ya que tiene el deber de obrar de acuerdo al principio de legalidad y al estar invalidada la norma, esta ha desaparecido del ordenamiento. Además, cabe señalar, que de no aplicar la norma solamente al caso concreto estaría además vulnerando el principio de igualdad de los administrados.

En consecuencia, se sostiene que “resultaría más adecuado o eficaz atribuir directamente al fallo judicial los efectos erga omnes y ante esta declaración la administración se encontraría obligada a derogar la norma en crisis, o por lo menos no podría aplicarla en ningún otro caso con respecto a otro administrado” (Lavié Pico, 2012).

Sin dejarse convencer por estos argumentos cierta parte de la doctrina administrativista niega la posibilidad de adjudicarle efectos erga omnes a las antes señaladas sentencias, presentando sus propios argumentos, entre los cuales principalmente encontramos: la cláusula del art. 116 de la CN, el paralelismo de las competencias y la defensa de la separación de poderes. Los argumentos presentados en esta discusión doctrinaria, siguiendo lo escrito por Lavié Pico (2012), pueden ser trasladados a los casos en los que se declara inconstitucionalidad de una norma, y no está limitada exclusivamente al supuesto de los reglamentos administrativos.

Como señale en el párrafo anterior, uno de los argumentos esgrimidos por una parte de la doctrina para negar la ampliación de los efectos más allá de las partes del proceso es el de la cláusula del artículo 116 de la Constitución Nacional. Dice el artículo señalado:

Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Este artículo regula la atribución primera del poder judicial la cual es entender en las causas que versen sobre puntos regidos en la constitución. Estas denominadas causas son “aquellos en los que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre las partes adversas”. (Lavié Pico, 2012).

Como respuesta a este argumento la doctrina que se encuentra a favor del efecto erga omnes, en palabras de Lavié Pico (2012), dice lo siguiente:

Sin perjuicio de coincidir con lo antes apuntado con respecto a la necesidad de la existencia de “causa” ...cabe señalar que esto no es lo que se encuentra en discusión, y mucho menos se

propicia algo en contrario, sino que lo que se quiere conseguir es que el efecto de las sentencias recaídas en esa "causa" ...sea extra partes, o mejor dicho, erga omnes

Para fortalecer más esto acude a Cassagne (Citado en Lavié Pico, 2012)., quien señala con respecto a la derogación de reglamentos: “nadie ha pretendido que los jueces puedan formular declaraciones abstractas o contestar consultas y no se discute que deba existir un caso para que se configure un pronunciamiento judicial constitucionalmente válido acerca de la declaración de ilegitimidad de un reglamento con efectos «erga omnes». De lo que se trata es de una cuestión distinta, la cual se vincula con el efecto o resultado de la causa que en nada varía la naturaleza de la función declarativa de inconstitucionalidad.”

El otro argumento esbozado por la doctrina negatoria del efecto erga omnes es el del “paralelismo de las competencias”. Según esta teoría una norma solo puede ser invalidada por la autoridad creadora, puesto que de ahí parte el presupuesto de su validez jurídica. Como respuesta la doctrina contraria sostiene que si la norma es inválida debe partirse de la idea que el órgano o autoridad creadora actuó fuera de sus atribuciones, por lo cual, la declaración que invalide esta norma por parte del judicial debe entenderse como protectoria del principio de separación de poderes, ya que vuelve las atribuciones a su estado inicial, al excluir la norma nacida de la extralimitación del órgano señalado (Lavié Pico, 2012).

El último de los argumentos en contra de la extensión de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad es el de la separación de poderes. Este principio sienta las bases del sistema republicano, proyectando la división del estado en tres poderes: El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Esta división nace de la idea de que el poder no debe estar concentrado, ya que esto permitiría al quien lo ejerce abusar de este. Por eso es que en la idea de república se busca que el encargado de crear las normas, sea un sujeto diferente al que las ejecuta y a la vez que sea otro el sujeto que se encargue de juzgar a través de ellas, premisas estas de la teoría de Montesquieu, que inaugura el denominado sistema de frenos y contrapesos (Lavié Pico, 2012).

Según los doctrinarios que niegan el efecto erga omnes de las sentencias, el permitir este efecto vulneraría dicho principio al arrogarle al Poder Judicial funciones correspondientes a otros poderes. Para fundar esto Mairal, cita diversos fallos de la CSJN en los cuales esta sostiene que declarar la inconstitucionalidad de una ley provocaría conflicto de poderes y colocaría al Poder Judicial por encima del Congreso de la nación. Además de hacer alusión que esta visión era compartida por el resto de la doctrina constitucionalista tradicional (Lavié Pico, 2012).

Compartiendo esta visión encontramos a Linares Quintana (citado en Lavié Pico, 2012), quien expresa que:

Si tal fuera el efecto de un fallo semejante, estaría destruido el principio de separación de los poderes, desde que el poder judicial resultaría, en definitiva, derogando o suspendiendo la vigencia de las leyes, arrogándose el ejercicio de funciones esencialmente legislativas

Sin embargo, cabe aclarar que, existe una corriente más reciente que pone en tela de juicio la visión tradicional de la división de poderes. En efecto, este nuevo punto de vista, no entiende a la división de poderes de forma terminante, es decir, con atribuciones totalmente antagónicas y sin puntos de contacto, como si lo hacía la visión tradicional. Al contrario, esta visión propone una nueva idea división, no hablando ya de poderes sino pasando a hablar de funciones. El poder, de acuerdo a esta postura, es uno solo, lo que se divide o separa son las funciones de este. Estas funciones se distribuyen entre los diferentes órganos estatales, pero, al contrario de la postura tradicional, permite el contacto entre ellos, de forma coordinada. Así, por ejemplo, el poder legislativo tiene como función preponderante la de crear normas, pero a la vez tiene funciones judiciales (a través de, por ejemplo, los denominados juicios políticos a diferentes funcionarios) como a su vez ejerce funciones propias del ejecutivo (al administrar su funcionamiento interno). Esta posibilidad de coordinación entre los diferentes poderes podría poner en riesgo el reclamo efectuado por la doctrina que niega el efecto erga omnes en la sentencia. Esto es así debido a que el hecho de ejercer posibles funciones “legislativas” por parte del judicial podría ser resultado de la función de la cual este está encargado preponderantemente, es decir la de juzgar. Ya se da esto a través de la “cosa

juzgada” en la cual el judicial crea una norma para el caso concreto como resultado de su obligación de decidir sobre cuestiones que entran es su conocimiento. ¿Qué sucedería si necesitara, para cumplir adecuadamente con sus obligaciones, crear una norma ya no para el caso concreto, sino con alcances generales?

Parecería ser, según la doctrina que está a favor del señalado efecto, que este sería el caso. Ya que sostienen que: “el reconocimiento de tal potestad al Judicial no interfiere en nada con la teoría de la separación de los poderes, por cuanto esta facultad no implica la invasión de las competencias de otro poder del Estado, sino en cambio, justamente el ejercicio de una atribución propia del órgano judicial competente, en la medida que la función de decidir una controversia con fuerza de verdad legal corresponde solamente a los jueces de acuerdo con el sistema implementado por nuestra Constitución.” (Cassagne citado en Lavié Pico, 2012).

Es en esta corriente que encontramos autores como Bidart Campos (citado en Lavié Pico, 2012), el que sostiene que: “no habría, pues, penetración indebida del poder judicial en el poder legislativo, sino restablecimiento liso y llano de la constitución; invalidar un acto que, utilizando estas competencias, ha transgredido la constitución, no es conculcar la división de poderes, sino, al contrario conservarla para el único fin que ha motivado su establecimiento: hacer lo que la constitución manda o permite”.

Esto es así, a juicio de Lavié Pico (2012), porque:

No resultaría lógico afirmar que en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de una ley...con efectos inter partes no se afecta la teoría de la separación de poderes y, en cambio, cuando se produce la extensión con carácter general...se cristaliza una situación tan especial y particular que manifieste una afectación tal que invade las competencias de otro poder del Estado.

Para fundar esto el autor pone el siguiente ejemplo:

“Consideremos –solo como hipótesis de trabajo- que millones de particulares demanden individualmente contra la administración y obtienen cada uno en su respectivo proceso la anulación de una norma, en este caso – toda la doctrina coincidiría- no se afectaría la separación de poderes, en cambio, si en una sola sentencia se dispusiera la inconstitucionalidad de una ley o

la anulación de un reglamento con efecto erga omnes aquí si se produciría un resquebrajamiento tal del orden institucional que afectaría de manera intolerable la división de poderes.

En este punto me gustaría recordar parte de lo que expuse en el capítulo anterior. Inicialmente me gustaría volver a traer a colación el objetivo con el cual, desde un inicio, se fundó el control de constitucionalidad, este es el de “Supremacía Constitucional”. Si nos remontamos al Juez Marshall, y su fallo “Marbury vs Madison”. Encontramos que este fundo en esta supremacía el control de constitucionalidad, como medio para protegerla. A su vez no solo da origen a dicho control, sino que, a su vez funda la principal razón por la cual entiende que ese control debe ser ejercido por el judicial, esta es, que “el deber del poder judicial es aplicar la ley”. Razón está que encuentra principal fundamento en nuestra constitución en el artículo 116, el cual, es incluso tomado por Sagüés (2007, pág. 174) como razón implícita del control judicial de constitucionalidad en nuestro país. Estando de esta manera al menos implícito, ahora explícito a través del artículo 43, que es parte de las funciones del poder judicial la de ejercer el control constitucional, por lo cual no se vulneraría la separación de poderes.

Ahora, si a pesar de esto, entendemos que lo que hace vulnerar la separación de poderes (o el principio democrático en su caso) es el alcance general de la declaración, como lo hacía el argumento de que la “facultad de control de constitucionalidad judicial es un poder limitado” en su premisa número 2, que limitaba los efectos por considerarlo “menos lesivo”. Creo que el argumento dado por Lavié Pico, citado supra, deja claro lo ilógico que es pensar que millones de casos individuales no dañarían la separación de poderes, y una sentencia, que tenga los mismos efectos que ya se dan en la práctica, si lo haga.

Sin embargo, cabe señalar también, que de la misma manera que expusimos argumentos en torno al “control judicial de constitucionalidad” en beneficio de la doctrina que se encuentra a favor del efecto erga omnes, podemos usarlos en su contra, utilizando argumentos de la “crítica contra mayoritaria” de Bickel o de las diferentes corrientes del Constitucionalismo Popular. Criticando esta forma de controlar la supremacía constitucional o criticando el concepto mismo de “Constitucionalidad”.

Más allá de esta discusión, Bianchi (2002), señala que ya hay casos en donde se pueden dar los efectos erga omnes en nuestro derecho.

El primero de ellos es el caso de la denominada “Inconstitucionalidad Formal”. Según lo dicho por el autor: “Se trata de un análisis jurídico basado en la comprobación de si se han respetado las normas que dan legitimidad formal a la ley o reglamento o acto individual en cuestión.”

Así mismo señala:

Cuando la ley es inconstitucional por el fondo, su invalidez se refiere solamente al contexto fáctico en el cual la norma ha sido juzgada. En cambio, cuando se decreta la nulidad de una norma (inconstitucionalidad formal), el efecto es diferente y tiende necesariamente a que la norma cese de producir efectos. Parecería que no puede haber nulidades según el caso. La norma es nula o no lo es

Esta visión ha sido criticada por Rivera y Legarre (2009), quienes señalan:

El error de Bianchi radica, a nuestro juicio, en que limita la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma en todos los supuestos fácticos posibles, al supuesto en que aquella padece algunos vicios de forma. Desde nuestro punto de vista, los vicios de forma no son los únicos que pueden generar la inaplicabilidad total de una norma en toda circunstancia fáctica, sino que estos vicios pueden ser tanto de forma como de fondo.

A su vez señalan que:

Por otra parte, y esto es más importante aún, Bianchi soslaya que el mero hecho de que la Corte Suprema utilice un razonamiento que conduce a la inaplicabilidad total de una norma (ya sea por vicios de forma o de fondo) no sirve para justificar la afirmación de que estas decisiones de la Corte gozan de efectos erga omnes. Aun cuando la Corte Suprema concluyera que la norma impugnada resultase inconstitucional en todos los supuestos posibles, la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma no causaría su derogación (la cual sí se daría en los sistemas de control a la europea) y, además, podría ser aplicada por los jueces inferiores en casos análogos, dado que, como vimos, basta que aquéllos agreguen nuevos fundamentos para que puedan

apartarse del precedente de la Corte Suprema (algo que no podría darse en los Estados Unidos, en virtud del stare decisis vertical)

Acá me gustaría hacer una aclaración, si bien comparto la idea de que no solo los vicios formales pueden generar lo que la doctrina estadounidense llama inconstitucionalidad “on its face”, y tampoco creo que Bianchi lo haya negado, creo que, como expuse anteriormente, no considero que los efectos “erga omnes” se ciñan solo a la derogación formal de la norma, y no considero que solo la expansión indirecta (stare decisis) tornaría “totalmente inaplicable” la norma, sino que también lo haría la denominada expansión directa.

Otro de los casos en los que se puede entender que se produce el efecto erga omnes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es en torno a la “legitimidad colectiva”. De esta manera muchos entienden, entre ellos Bianchi (2002), que en estos casos el pronunciamiento tiene, de hecho, un efecto erga omnes. Pues consideran que tal legitimación supone que un grupo innominado de personas a las cuales los efectos de fallo alcanzan.

Este caso, como vimos anteriormente, no se encuentra dentro de la noción más restrictiva del efecto erga omnes, sino que es considerado como una expansión de los efectos directa.

El otro de los casos expuestos por Bianchi (2002), es el de la aplicación del “stare decisis” por la Corte Suprema Argentina. El autor expone que, a través de diversos fallos, en su opinión, se puede vislumbrar que la corte si bien no lo ha aceptado formalmente, en la práctica está aplicándolo.

Rivera y Legarre (2009), critican esto con los siguientes fundamentos:

En primer lugar, la posibilidad que la Corte Suprema argentina otorga a los tribunales inferiores de apartarse de los precedentes de la Corte si aquellos tribunales ofrecen nuevos argumentos resulta manifiestamente incompatible con el principio del stare decisis vertical, tal como rige en los Estados Unidos.

A esto agregan:

En segundo lugar, consideramos que la efectiva vigencia del stare decisis vertical no debe ser analizada solamente mirando la jurisprudencia de la Corte Suprema, sino también, y sobre todo, la de los tribunales inferiores. Bianchi omite la perspectiva de estos tribunales, que son los destinatarios del principio del stare decisis vertical. Los tribunales inferiores argentinos no se sienten (o no se consideran) obligados por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Existen innumerables decisiones de tribunales inferiores que se apartan expresamente de los holdings de los precedentes de la Corte Suprema

A través de lo expuesto anteriormente, y con la suma de jurisprudencia de la corte, como el caso “Monges” el cual, como veremos el capítulo siguiente, fue reconocido con “efectos erga omnes” por la Sala I de la cámara en lo contencioso administrativo, es que Bianchi (2002), llega a las siguientes conclusiones:

La descripción arriba realizada pone de manifiesto que en los últimos años se ha producido una revolución en el derecho que tiende a debilitar el principio inter partes de las sentencias... Hay ciertas sentencias que poseen efectos erga omnes de derecho, y hay otras que bajo ciertas circunstancias la poseen de hecho

Entre las primeras, según el autor, encontramos aquellas donde en el caso ha habido un legitimado colectivo. En estos casos según señala Bianchi (2002): “Es evidente que en este caso la constitución es la que –sin decirlo expresamente- permite la producción de efectos erga omnes en tales sentencias.”

Entre las sentencias consideradas en el segundo grupo encontramos aquellas como “Monges” en los cuales ni la constitución ni la ley establecen a dichas sentencias esos efectos, pero de hecho los tienen. Así el auto señala que: “La ley objeto del pronunciamiento sigue formalmente vigente, pero esa vigencia ha quedado despojada de todo contenido. De hecho, el pronunciamiento posee efectos erga omnes.”

En cuanto a las posibilidades de que un tribunal, después de analizar las diversas alternativas, el autor llega a las siguientes conclusiones:

1) *La regla del efecto inter partes se mantiene, bien que cada día son más las excepciones que se verifican.*

2) *El Congreso es quien regula la jurisdicción de los tribunales federales, y por ende, como principio, le corresponde determinar el efecto de las sentencias. No es inconstitucional la ley que determine efectos erga omnes.*

3) *Antes de la reforma constitucional el Congreso podía delegar estas funciones en la Corte Suprema. Actualmente es dudoso que pueda hacerlo de conformidad con las limitaciones que emanan del art. 76 y su norma reglamentaria.*

4) *La Corte Suprema, en ejercicio de sus facultades implícitas, podría establecer expresamente los efectos erga omnes de sus sentencias.*

Me parece importante también señalar que, en tesis similar, encontramos a Bidart Campos (2001), que expresa:

No hallamos óbice constitucional para que, por vía de ley, se extienda “erga omnes” el efecto de las sentencias de la Corte Suprema que declaran la inconstitucionalidad de normas generales, con alcance derogatorio de estas (o sea, “extra partes”). Con ley expresa, las referidas sentencias de la Corte quedan habilitadas constitucionalmente para producir la pérdida de vigencia normológica (y por consecuencia, sociológica) de las normas generales cuya inconstitucionalidad declaran con el efecto general previsto en la ley.

Cabe recordar, que este autor tiene una noción más estricta del efecto erga omnes. Y por lo tanto lo dota de esa posibilidad de derogar la norma formalmente.

Reflexiones finales

En este capítulo se ha exhibido uno de los puntos fundamentales de esta investigación, el de los “efectos erga omnes”. Para desarrollarlo se ha comenzado definiendo los conceptos básicos que lo abarcan, que son los de “sentencia” y “cosa juzgada” y se ha pasado a detallar las dos variantes de más interés para el tema, efecto inter partes y erga omnes, con las

implicancias prácticas que los distinguen y las diferentes nociones que se dan en la doctrina del segundo. Luego se han expuesto los diferentes argumentos que pueblan la literatura doctrinaria nacional del tema con la intervención de grandes juristas nacionales. Podemos encontrar así argumentos que niegan esta posibilidad (basados en la separación de poderes, la cláusula del artículo 116 y el paralelismo de competencias) así como los que la defienden (sosteniendo razones como la economía procesal y el principio de igualdad). Además, expuse los casos en los cuales, según Bianchi, ya se está dando el efecto erga omnes en nuestro país. Y expuse las razones por las cuales este autor, además de Bidart Campos, considera que se pueden adjudicar los efectos erga omnes en nuestro país a los tribunales de justicia.

El fin de este capítulo era exponer estas argumentaciones para poder hacer notar la relevancia del tema y la complejidad que lo caracteriza. De esta manera, y partiendo de varios de los argumentos presentados tanto en este capítulo como en el anterior, los cuales se encuentran sumamente ligados, y de las diferentes influencias que estos tuvieron en la jurisprudencia y legislación atinente al tema (elementos a revisar en el próximo capítulo), pienso fundar en el capítulo correspondiente una posible solución al tema que sea, al menos a través de los fundamentos que creo atinentes, satisfactoria y superadora.

Ahora a forma de conclusión parcial, con respecto a la posibilidad del efecto erga omnes en las sentencias de inconstitucionalidad, considero que en virtud de las argumentaciones esbozadas por la doctrina que se encuentra a favor del tema, este efecto no parecería tener obstáculos legales, más allá de que el efecto inter-partes pareciera ser el principio mayormente reconocido por la doctrina y por gran cantidad de fallos, como veremos a posterior, creo que esto más que todo fundado en la “invasión” que este puede generar sobre las atribuciones de otros poderes. Cabe señalar nuevamente que parte de la argumentación que funda, para la doctrina que está a favor del efecto erga omnes, el hecho de que este no invade la esfera de los otros poderes, es la “supremacía constitucional”, y el hecho de que los jueces defienden la constitución al ejercer el control de constitucionalidad, tema que como expuse en el capítulo anterior no está exento de críticas.

Aquí es donde se encuentra, a mi forma de ver, el mayor obstáculo al que se enfrenta la admisión de los efectos erga omnes para las declaraciones de inconstitucionalidad. Ya que, si bien se puede llegar a aceptar que no hay obstáculos legales para la admisión de los efectos generales, esto no quiere decir que no haya otro tipo de obstáculos a superar, y más teniendo en cuenta que, en el mejor de los casos para esta clase de efectos, la constitución nada dice, al menos de forma explícita, sobre los límites que pueda tener el control judicial de constitucionalidad en sus efectos. Entre estos obstáculos podemos encontrar la legitimidad democrática con la cual se necesita dotar al poder judicial, considerando que si se logra encauzar el actuar de este poder para que en la decisión que se tome participe activamente toda la ciudadanía, podría implicar también, que, en respeto de esto, la decisión tomada debe tener, al menos en principio, efectos erga omnes. Además de este obstáculo aparecen otros como el de que sistema sería el más efectivo para ejercer el control de constitucionalidad en nuestro país, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores.

CAPITULO 3:

JURISPRUDENCIA. LEGISLACIÓN LOCAL.

DERECHO COMPARADO.

Introducción

Lo siguiente a exponer se podría decir que son las consecuencias prácticas de lo que hemos venido desarrollando, o mejor expresado, es la materialización que han tenido los diferentes conceptos y teorías tratadas en los anteriores capítulos dentro del universo normativo argentino, a través de la legislación atinente al tema y de los fallos judiciales más relevantes a este.

De esta manera en este capítulo comenzare por exponer la que considero jurisprudencia más relevante al tema en la cual, a través de los fundamentos dados, los jueces se inclinaron por una u otra de las razones que hemos expuesto en los dos capítulos anteriores, reconociendo así por ejemplo determinado sistema de control de constitucionalidad como decidiendo los alcances dados a este control. Muchas de los argumentos que hemos ido desarrollando tienen reconocimiento en diversos fallos. Esto nos permite ver el avance que van teniendo los argumentos a través del tiempo y las diferentes formas de entender el tema por parte de los nuestros magistrados, haciéndose muchas veces eco de los discutido en la doctrina.

También se estudiará con los mismos alcances a la Legislación sobre el tema. Se verá que reconocimientos legislativos tuvieron las diferentes teorías antes desarrolladas, elecciones por parte del legislativo tanto de sistemas de control, como de órganos encargados de ejercerlos y en ciertos casos el alcance de las decisiones que este órgano toma. Estos diferentes ámbitos que dan lugar a la faz más “práctica” nos ayudaran trasladar más a la realidad el grueso apartado teórico que abarca el tema y exponer sus consecuencias prácticas.

3.1 Jurisprudencia.

En nuestro país, como ya señalé anteriormente, la elección del sistema de control de constitucionalidad, el o los órganos encargados de ejercerlo y los alcances de dicho control,

no fueron resultado de un mandato expreso por parte de nuestra Constitución, en un inicio al menos. Sino que, al igual que en los Estados Unidos, fue resultado de una “auto-atribución” de nuestros jueces, interpretando estos que era tarea del poder judicial encargarse de tal rol.

De esta manera se estableció en nuestro país un sistema de control de constitucionalidad judicial de carácter difuso, a través de los fallos “Sojo”³ y “Elortondo”⁴ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, equivalentes nacionales al ya nombrado “Marbury vs Madison” estadounidense. Así lo explica Palacio De Caeiro (2015):

“Desde el caso “Sojo”, la CSJN reconoció las facultades de los jueces para ejercer tal función, reiterando así el criterio expuesto en el recordado caso “Elortondo” donde se estableció que “... es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella”.

En cuanto ya, a los alcances de este control, la corte se ha expedido en numerosos fallos entre los que podemos encontrar los siguientes:

- **“Bernardo Pastorino, sobre pago de sobreestadias”**⁵ del año 1883, cuyo considerando 9 expresa: “Que por otra parte, las resoluciones de la Corte Suprema solo deciden en el caso concreto sometido a su fallo y no obligan legalmente sino en él, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y judicial; y si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos, a los fallos de aquel alto Tribunal, el se funda principalmente, en la presunción de verdad y justicia que á sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza á los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas

³ C.S.J.N., “Sojo”, Fallos 32:120 (1887),

⁴ C.S.J.N., “Elortondo”, Fallos 33:162 (1888),

⁵ C.S.J.N., “Bernardo Pastorino, sobre pago de sobreestadias”, Fallos 25:368 (1883),

cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del derecho porque ningún Tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos”

- **“Pereyra, Iraola Martín c/ Provincia de Buenos Aires.”**⁶ del año 1923, en el cual la Corte expreso: “Que, por otra parte, al pronunciarse el Poder Judicial sobre la constitucionalidad; de una ley, lo hace con referencia exclusivamente al caso traído a su jurisdicción; es decir, que no resuelve en abstracto el punto constitucional controvertido en el juicio, pues ello importaría entorpecer la acción independiente de los otros departamentos del gobierno, por lo que, por idéntica que fuese la situación del demandante relativamente a las nuevas cuotas pagadas del impuesto, con lo que existía respecto a las que fueron materia del pleito, la inconstitucionalidad declarada no tiene efecto sino sobre aquellas cuya devolución fue demandada y sentenciada.”
- **“Zemba de Fiamberti, Carolina y otro.”**⁷ (Fallos: 183:76) del año 1939, en el cual nuestra corte se expresa de la siguiente manera: “Que la ley que ordena la inscripción en el Registro de la Propiedad, mientras no haya sido derogada se encuentra en la condición de cualquier otra sancionada por el Congreso y promulgada por el P.E. La declaración de inconstitucionalidad que haya promediado acerca de otra ley de carácter semejante. No le confiere a la ley de la Capital un carácter facultativo que haga depender su cumplimiento de la elección de las personas sujetas a sus mandatos. Precisamente uno de los grandes aciertos de los autores de la Constitución de Estados Unidos consistió en limitar los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad a la causa o litigio donde aquella fuera declarada, sin afectar empero los efectos normales de las leyes acerca de las personas extrañas al pleito en que la invalidez fue pronunciada.”

⁶ C.S.J.N., “Pereyra, Iraola Martín c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 139:65 (1923),

⁷ C.S.J.N., “Zemba de Fiamberti, Carolina y otro”, Fallos 183:76 (1939),

- **“Rodríguez Larreta Anchorena de Zuberbuhler, Josefina María y otros”**⁸ (Fallos: 226:727) del año 1953, el cual expresa: “... La inconstitucionalidad del artículo, no equivalía a la derogación legítima del mismo, pero si basta para excluir la imprevisión en el proceder del recurrente”
- **“Yraizoz, Ernesto y Juan Carlos c/ Bengoechea, Demófilo y otro.”**⁹ (Fallos 247:700) del año 1960, el cual expresa en su considerando n°3: “Que por lo demás tampoco es óbice para el rechazo de la queja lo decidido por esta Corte en autos “Fernandez Arias E. c/ Poggio J.” sobre la inconstitucionalidad de los tribunales paritarios rurales, en consonancia con el conocido principio de que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se limitan al juicio en que fue admitida”.
- **“Banco de Mendoza c/ Dirección General Impositiva.”**¹⁰ (Fallos 247:325) del año 1960, el cual expresa en su considerando n°7: “...Si una anterior sentencia de inconstitucionalidad existiera, como lo aduce la actora, ella solo produciría efecto dentro de la causa y con vinculación a la ley y a las relaciones jurídicas que la motivaron...”
- **“Lorenzo, José c/ Costa de Gorosito, Filomena.”**¹¹ (Fallos 253:253) del año 1962, cuyo considerando n°3 expresa: “... A ello se debe añadir que, por la misma razón por virtud de la cual la declaración de inconstitucionalidad se limita a la norma específica contemplada en ella, la admisión de la validez de un precepto legal no puede impedir la impugnación de otro posterior análogo”

⁸ C.S.J.N., “Rodríguez Larreta Anchorena de Zuberbuhler, Josefina María y otros”, Fallos 226:727 (1953),

⁹ C.S.J.N., “Yraizoz, Ernesto y Juan Carlos c/ Bengoechea, Demófilo y otro”, Fallos 247:700 (1960),

¹⁰ C.S.J.N., “Banco de Mendoza c/ Dirección General Impositiva”, Fallos 247:325 (1960),

¹¹ C.S.J.N., “Lorenzo, José c/ Costa de Gorosito, Filomena”, Fallos 253:253 (1962),

- **“Pulcini, Luis Benjamín y otro”** (Fallos 312:2007) ¹² del año 1989, vuto considerando n°2 expresa: “Que si bien las sentencias del Tribunal solo deciden en los procesos concretos que les son sometidos y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas.”

- El fallo **“Villada, Juan Carlos y otros s/ robo calificado”** (Fallos: 313:1010) ¹³ del año 1990, el cual en su considerando n°8 expresa: “Que, por otra parte, la declaración de inconstitucionalidad de la ley, como la efectuada por este Tribunal en la mencionada causa “Martinez, Jose Agustin”, sólo produce efecto dentro de la causa y con vinculación a la ley y a las relaciones jurídicas que la motivaron (Fallos: 247:325), por cuya consecuencia no tiene efecto derogatorio genérico, como lo tendría en el proceso penal una ley posterior que declarase no punible el acto que antes se consideraba tal o que disminuyese la pena.”

- **“Mill de Pereyra y otros c/ Provincia de Corrientes”** ¹⁴ (Fallos: 324:3219) del año 2001, cuyo considerando n°14 expresa: “Que esta última circunstancia no tiene reflejo en el sistema de control constitucional argentino, pues la declaración de inconstitucionalidad de una ley por nuestros jueces tiene efectos exclusivamente para el caso concreto sometido a juzgamiento. Desde esa perspectiva, pues, encontrándose en nuestro medio limitados los efectos de la declaración de inconstitucionalidad al litigio en que se pronuncia (la ley declarada inconstitucional sigue siendo obligatoria en los demás casos en los que es aplicable), no resulta posible concebir racionalmente ninguna posibilidad de absorción del Poder Judicial sobre los otros poderes del Estado, ni entender como jurídicamente necesario el establecimiento de la prohibición del control de oficio. En este sentido, ni siquiera las declaraciones de inconstitucionalidad pronunciadas por esta Corte tienen una eficacia expansiva semejante a la del modelo

¹² C.S.J.N., “Pulcini, Luis Benjamín y otro”, Fallos 312:2007 (1989),

¹³ C.S.J.N., “Villada, Juan Carlos y otros s/ robo calificado”, Fallos 313:1010 (1990),

¹⁴ C.S.J.N., “Mill de Pereyra y otros c/ Provincia de Corrientes”, Fallos 324:3219 (2001),

norteamericano, sin perjuicio del deber que tienen los jueces de conformar sus decisiones a las del Tribunal, pero sólo para casos estrictamente análogos, y sin perjuicio de lo que pudiera resultar de situaciones muy especiales (arg. art. 19 de la ley 24.463).”

En estos fallos nuestra Corte Suprema se inclina por la doctrina que limita los efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad a las partes integrantes del proceso, es decir limitan los efectos a unos inter-partes. Si bien a pesar de esto, extienden su valor dándole a sus fallos un efecto vinculante hacia los tribunales de menor jerarquía. De forma similar, como lo hace el sistema estadounidense con el “Stare Decisis”, cabe recordar en este punto las opiniones de Bianchi, así como las de Rivera y Legarre. Expuestas en el capítulo anterior.

La mayoría de los fundamentos esbozados por la Corte refieren a la separación de poderes, de esta manera considera que el admitir los efectos más allá del caso implicaría la absorción de parte del Judicial sobre los otros poderes

A pesar de esto la misma corte ha extendido los efectos en ciertos casos. Entre estos podemos señalar el caso “**Monges, Analía M. c/ UBA**”¹⁵ en el cual la corte expuso en su considerando n° 34: “Que, sin perjuicio de la solución a la que aquí se arriba, dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el denominado "Ciclo Básico Común" de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el "Curso Preuniversitario de Ingreso" creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos”.

¹⁵ C.S.J.N., “Monges, Analía M. c/ UBA”, Fallos 319:3148 (1996),

En este fallo, como señale en el capítulo anterior, fue reconocido el “efectos erga omnes”, por la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, en el fallo “Blas c/UBA”¹⁶. Esto sin embargo es criticado por Rivera y Legarre (2009), ya que según su visión en este fallo lo que hizo la corte no fue dotar de efectos erga omnes a la sentencia, sino expandir directamente el efecto, considerando que en este caso Monges actuó como representante de los alumnos de medicina que se encontraban afectados por el caso.

En mi opinión no se da ese caso, ya que Monges no actúa en protección, ni buscando representar a el grupo, por lo cual no estaría buscando defender un interés conjunto, de esta manera considerarla como “representante” al igual que lo que pasa en los procesos colectivos me parece incorrecto. Incluso si en la practica se dan efectos similares, es porque, en mi opinión, los efectos de hecho son Erga Omnes.

Otro fallo en el que la corte extiende los efectos de sus decisiones a personas que no participaron del litigio es el precedente “**Gauna, Roberto Atenor.**”¹⁷ (Fallos 306:65) en el cual la corte expresa: “Que habiéndose dejado sin efecto la sentencia del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas con fundamento en que el hecho de la superación del episodio subversivo es suficiente para excluir a los civiles de la jurisdicción militar, y que la restauración del Estado de Derecho supone que los jueces de la Constitución sean los únicos facultados para juzgar y dictar sentencia final en las causas criminales, corresponde declarar que la decisión también alcanza a los condenados que no apelaron, a menos que alguno de ellos, o todos, optaren por el mantenimiento de la condena, si la consideraren más favorable a sus intereses.”

Un gran punto de interés que me parece a recalcar de esta sentencia es que permite a los afectados desvincularse de lo determinado por la declaración de inconstitucionalidad en cuanto sea más favorable para sus interés. Lo cual suele suceder con frecuencia en Procesos

¹⁶ CNFed, CA, Sala I,27/XI/97 , “Blas c/UBA”

¹⁷ C.S.J.N., “Gauna, Roberto Atenor”, Fallos 306:65 (1884),

de Incidencia Colectivo, como puede ser el caso de lo estipulado en por la ley de defensa al consumidor como veremos en el punto siguiente.

También cabe citar el voto en disidencia de los jueces Petracchi, Argibay y Fayt en su considerando n°7 del fallo “**Halabi Ernesto c/ P.E.N**”¹⁸, el cual expresa: “Que si bien es cierto que este Tribunal tiene dicho que sus sentencias producen efectos solamente respecto de quienes han revestido el carácter de partes en el juicio y no pueden aprovechar ni perjudicar a los terceros que han permanecido ajenos a él (Fallos: 321:1252 y sus citas considerando 18 del voto del juez Petracchi), tal aseveración reviste el carácter de principio general. En efecto, cuando la naturaleza de la pretensión invocada impide, fáctica o jurídicamente, restringir el alcance de lo decidido a las partes intervinientes en el juicio, dicha regla debe ceder. De otro modo, la tutela de derechos reclamada no podría hacerse efectiva y se vulneraría el principio mismo del que ha nacido la acción de amparo (conf. Fallos: 322:3008, esp. Considerandos 12 y 13 de la disidencia del juez Petracchi, y sus citas)”.

3.2 Legislación. Constituciones Provinciales.

Con respecto a la Legislación relevante al tema encontramos como base fundamental del sistema de control de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico actual al Artículo 43 de la Constitución Nacional, al cual ya he hecho referencia anteriormente. Este artículo reza en su primer párrafo:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.”

¹⁹

¹⁸ C.S.J.N., “Halabi Ernesto c/ P.E.N”, Fallos 32:120 (2009),

¹⁹ Art. 43, Constitución de la Nación Argentina, Convención Nacional Constituyente, 1994

De esta manera, como ya se señala en su oportunidad, a partir de la reforma constitucional de año 1994, nuestra Carta Magna reconoce expresamente la atribución del control de constitucionalidad a los jueces. Dando la razón a la jurisprudencia anterior de la Corte que señalaba la existencia de un sistema de control de constitucionalidad judicial difuso inspirándose en el sistema norteamericano.

Otra legislación de gran importancia, incluso anterior a la reforma y el posterior reconocimiento por parte de la constitución del sistema de control de constitucionalidad difuso, es la ley 48. Esta ley a través de su artículo 14 la cual expresa:

“Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.”²⁰

Con respecto al efecto erga omnes, los encontramos reconocidos en la Ley General del Ambiente N° 25.675 en su artículo 33, el cual reza:

“Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su

²⁰ Art. 14, Ley 48, Honorable Congreso de la Nación Argentina

impugnación. La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.”²¹

De la misma manera podemos encontrar cierta referencia en el artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, el cual reza:

“Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.”²²

También en este apartado cabe hacer alusión al reconocimiento que han tenido diversas Constituciones Provinciales al efecto Erga Omnes en sus jurisdicciones. Así podemos

²¹ Art. 33, Ley General del Ambiente N° 25.675, Honorable Congreso de la Nación Argentina

²² Art. 54, Ley de Defensa del Consumidor 24.240, Honorable Congreso de la Nación Argentina

encontrar a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual en su artículo 113 reza:

“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. ...”²³

De manera similar lo estipula la Constitución de Santiago del Estero en su artículo 193, el cual señala:

“Función jurisdiccional. En su función jurisdiccional el Superior Tribunal de Justicia tendrá las siguientes competencias, de conformidad con las leyes que la reglamenten: 1. Ejercer jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: ...b. En las acciones declarativas directas contra la validez de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones de alcance general, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder la vigencia de la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique por mayoría de dos terceras partes de los miembros presentes, dentro de los tres meses de la notificación de la sentencia declarativa por parte del Superior Tribunal de Justicia. 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...”²⁴

Estos casos me parecen muy similares al sistema estipulado por la Carta de Derechos Canadiense, expuesta en el primer capítulo, ya que ambos permiten expresamente que el poder judicial ejerza el control de constitucionalidad con efectos erga omnes, pero a su vez

²³ Art. 113, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1996

²⁴ Art. 193, Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Santiago del Estero, 2006

le brinda la posibilidad al Legislativo de rebatir esa revisión judicial en pos de mantener vigente la ley. En lo que difieren claramente es que este artículo, a diferencia de la Carta Canadiense, es que esta revocación de la decisión de la corte no tiene un plazo estipulado después del cual se deba volver a ratificar la norma.

Además, me gustaría señalar que en este caso nos encontramos claramente con un Sistema Mixto, que permite ambos tipos de efectos. Incluso permitiendo permanecer a los efectos inter-partes en el caso de que la Legislatura reafirme la validez de la norma.

La Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego en su artículo 159, el cual estipula:

“Cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma jurídica materia de litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado en forma fehaciente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido.”²⁵

Este artículo me parece de singular creatividad. Ya que permite ejercer el control con efectos erga omnes después de que se constate reiteradas veces la inconstitucionalidad de una norma. Por lo cual crea un sistema en el cual la regla es el efecto inter partes, y que tiene como excepción el efecto erga omnes.

La Constitución de Río Negro en su artículo 208, el cual reza:

“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 Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no

²⁵ Art. 159, Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Convención Constituyente de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 1991

adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo.”²⁶

Este sistema es muy similar al anterior, pero a diferencia de este permite la participación del legislativo, sin embargo, no parece acercarse a las teorías dialógicas del control judicial, como si lo hacían las Constituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de Santiago del Estero, ya que no permite al poder legislativo mantener vigente la norma en su forma inicial, sino que en este caso se lo obliga a cambiarla.

Encontramos también la Constitución de la Provincia del Chaco, que señala en su artículo número 9:

“INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. VETO. Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a la ley suprema de la Nación o a esta Constitución son de ningún valor, y los jueces deberán declararlos inconstitucionales a requerimiento de parte. La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia produce la caducidad de la ley, decreto, ordenanza o disposición en la parte afectada por aquella declaración.”²⁷

En esta constitución vemos claramente un sistema mixto, con sus dos posibilidades de efectos, dándole los efectos erga omnes a un órgano determinado.

Por último, encontramos a la carta magna de Chubut en su artículo 175, que estipula:

“Cuando el Superior Tribunal de Justicia declara por dos veces consecutivas a tres alternadas la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener vigencia a partir del día siguiente a la publicación oficial de la sentencia definitiva.”²⁸

²⁶ Art. 208, Constitución de la Provincia de Río Negro, Convención Constituyente de la Provincia de Río Negro, 1988

²⁷ Art. 9, Constitución de la Provincia de Chaco, Convención Constituyente de la Provincia de Chaco, 1994

²⁸ Art. 175, Constitución de la Provincia de Chubut, Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Chubut, 1994

Este artículo, de manera similar a lo que sucedía en la Constitución de Río Negro, deja al cumplimiento de ciertas circunstancias la opción de los efectos erga omnes en la sentencia declarativa de inconstitucionalidad.

Reflexiones finales

En este capítulo se han expuesto los diferentes fallos que comprenden el tema tanto de control de constitucionalidad judicial como de los efectos de esta. Así se pudo ver como la gran parte de la Jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Nación reconoce en los tribunales el ejercicio del control de constitucionalidad, lo que luego sería reconocido por la misma constitución a través de su reforma. Y como en la gran mayoría de los casos esta brinda a sus efectos el alcance inter-partes, ciñendo lo decidido al caso concreto. Sin embargo con el avance del derecho y las nuevas teorías ha ido expandiendo los efectos de esos fallos, e incluso podemos encontrar fallos que revisten efectos erga omnes como los citados “Monges”; “Gauna” y “Halabi” (siendo de especial relevancia en este lo dicho en disidencia de los Dres, Petracchi, Argibay y Fayt)

Con respecto a la legislación tenemos la consagración en la constitución del Control de Constitucionalidad Judicial Difuso a través del artículo 43. Anteriormente a este el congreso reconoció en la Corte la facultad de dictar la inconstitucionalidad de fallos a través de la Ley N°48. A su vez con respecto al efecto erga omnes, este fue reconocido en la Ley General del Ambiente, así como en la Ley de Defensa del Consumidor.

En el ámbito del Derecho Público Provincial tenemos el reconocimiento por parte de las Constituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de la Provincia de Santiago del Estero, de Río Negro, de Tierra del Fuego, de la Provincia del Chaco y de Chubut, del efecto erga omnes en las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de sus Tribunales Superiores, cada una con diferentes requisitos. Pasando estos de ser sistemas en los cuales el efecto erga omnes era directamente aplicable, así como otros en los cuales este dependía de ciertas circunstancias como la reiteración de declaraciones de inconstitucionalidad sobre la

norma, o, en un caso muy cercano al de la Carta Canadiense, depender de la ratificación o no de la norma por parte del legislativo.

En este Capítulo se ha podido ver la experiencia en la práctica que se ha tenido respecto a los debates teóricos que se han generado en torno al control de constitucionalidad y los efectos erga omnes. Se pudo reflejar un avance en la jurisprudencia con respecto a la extensión de los efectos, como también en la legislación nacional tuitiva del Medio Ambiente, así como de los Consumidores. Así como la sugerente adopción del efecto erga omnes en las constituciones provinciales. Lo que en mi opinión da a entender que las diferentes teorías a favor del efecto han tenido cierta repercusión dentro del nuestro ordenamiento jurídico y ya no solo en lo que respecta a la faz “teórica” de este.

CAPÍTULO 4:

CRITERIOS Y CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DEL EFECTO ERGA OMNES.

Introducción

Con este capítulo final busco dar mi respuesta a las preguntas que hice en la introducción: ¿Es posible, en nuestro país, extender los efectos del control de constitucionalidad judicial? ¿Bajo qué criterios y condiciones esto sería posible?

Parte de las respuestas que he ido consiguiendo fueron expresadas en mis reflexiones finales, ahora buscare desarrollarlas más detalladamente, así como las razones por las cuales las considero más acertadas.

Para desarrollarlas de la mejor manera posible en el primer apartado hablare sobre cuales creo que son los criterios y condiciones necesarios para aplicar el efecto erga omnes en nuestro país. Por su parte, en el segundo punto desarrollare cual considero tribunal o tribunales competentes para ejercerlo y cuáles son los medios procesales más idóneos.

4.1 Criterios y condiciones necesarios para su aplicación

Como ya anticipé en las reflexiones finales de los capítulos anteriores, no considero que haya ningún obstáculo legal que impida el efecto erga omnes en las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad. Esto porque, como vimos anteriormente, tanto la facultad del judicial como órgano encargado del control de constitucionalidad, como la posibilidad de que extender los efectos de sus sentencias no encuentran, en mi análisis, obstáculos legales.

De esta manera, en cuanto al poder judicial como órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad, si bien es cierto que tal facultad comenzó como una atribución auto impuesta por la Corte Suprema Nacional, al igual que sucedió en los Estados Unidos, para el poder judicial en general y para ella en forma especial como “Interprete Final de la Constitución”. Hecho que no está para nada exento de cierto grado de crítica, ya que se podría argumentar, y con razón, que una facultad de ejercer tan vital e importante labor no puede

surgir de una auto-atribución, y más aún en el caso del control de constitucionalidad, ya que su mal uso puede desembocar en el derrumbamiento de los principios del Estado de Derecho. Por lo cual, lo más razonable, y más aún en comunidades democráticas, es que la atribución del control de constitucionalidad a un órgano específico surja de una discusión social y el posterior reconocimiento en una ley, no de una auto-imposición/atribución. Sin embargo, como ya expuse, esta función le fue concedida luego expresamente a través de la reforma constitucional del año 1994. Lo cual termina de dar legitimidad al judicial para ejercer tal control, al menos en cuanto al aspecto legal.

En lo referente a los efectos erga omnes, comparto la idea, expresada por parte de la doctrina nacional, de que no encuentra obstáculo legal. Y que tranquilamente se podría, a través de las conclusiones a las cuales llego Bianchi, así como la opinión de Bidart Campos, llegar a reconocer este efecto ya sea legalmente a través de una norma emitida por el congreso, circunstancia que ambos, a pesar de tener nociones diferentes del “efecto erga omnes” comparten. O sea, a través de una declaración de judicial que entienda que el establecer los efectos de sus sentencias se encuentra entre sus potestades implícitas, a pesar de no considerarlo lo más óptimo como expondré más adelante. Además, me gustaría recordar con respecto a este punto, que ya encontramos a través de las normas dictadas por el Consejo expuestas en el capítulo anterior, reconocimiento a este tipo de efectos.

En este punto me gustaría retomar lo expuesto en el capítulo dos. Considero que la constitución nada dice en cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma. Y que la posible interpretación de que la cláusula del artículo 116 de la constitución no permite esta ampliación en los efectos de la sentencia es incorrecta, y no solo por lo expuesto en el capítulo 2 por la doctrina que se encuentra a favor del efecto erga omnes, en cuanto al hecho de que el Judicial entienda sobre “casos “ no obsta a los efectos, sino también porque entiendo que incluso si así fuera sostener que los efectos no pueden ser masivos y así derogar la norma fácticamente es no adecuarse a la realidad, no solo social o fáctica cuando vemos normas que quedan total o parcialmente inoperativas en la práctica del

derecho, sino también legal, y esto a través del reconocimientos de los procesos colectivos, como exprese anteriormente en el capítulo 2, al cual me remito para más desarrollo.

Sin embargo, no considero que baste solo con señalar esto, ya que considero que además de considerar las posibilidades legales que tenga esta alternativa, en cuanto a los efectos del control de constitucionalidad judicial, hay que tener en cuenta otro tipo de circunstancias de no poco interés. Circunstancias que debemos tener en cuenta si queremos dar una solución más acertada y que sea más respetuosa a los principios constitucionales y a la comunidad que protegen.

La primera a tratar es la de “legitimación democrática” del poder judicial, la cual, a mi manera de ver, pasa a ser de suma importancia para la posible adjudicación de efectos erga omnes a sus declaraciones. Creo que ha quedado claro, a través de lo expuesto en el capítulo uno, la complejidad de este tema. No espero con esto dar por terminada la discusión en torno a la validez democrática del poder judicial como órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad, ni mucho menos. Lo que voy a exponer son mis consideraciones respecto a la función que debería tener este en virtud de lo que, entiendo, es nuestro ordenamiento jurídico.

Considero que las críticas expuestas en torno al denominado “carácter contra-mayoritario del poder judicial” tienen cosas valiosas que señalarnos. La principal y con más peso, a mi manera de ver, es la crítica en cuanto a despojar totalmente de las manos de los ciudadanos la posibilidad de formar parte de la toma de decisiones. En cuanto a los otros puntos me gustaría señalar algo previamente. A mi entender, varios de los puntos señalados por la “crítica anti-mayoritaria” se ven plenamente abarcados en la disputa de los principios de “constitucionalismo” y “democracia”, la cual expuse brevemente en el capítulo 1. Veo una orientación marcada, como fui señalando, hacia el principio de “democracia” en perjuicio del principio de “constitucionalismo”. Así tenemos que muchas de sus propuestas o quejas apelan a una voluntad popular la cual parece, en principio, no tener límites. Esto se ve de forma mucho más marcada en las doctrinas del constitucionalismo popular. Podemos encontrar críticas en torno a la no designación popular de los jueces, a su duración vitalicia,

a la posibilidad de revocación popular de las decisiones, etc. Criticas estas cuyas posibles soluciones significan darle total primacía a la voluntad de pueblo, o mejor dicho a parte de este debido al sistema de mayorías. Imaginemos un sistema donde los jueces sean elegidos popularmente y su duración está enmarcada en periodos de renovación, y donde sus decisiones puedan ser revocadas por referéndums populares, etc. En este sistema seria la voluntad del pueblo la que primaria totalmente. Si ya hablamos de que esa voluntad tiene límites, hablamos del principio de constitucionalismo, hablamos de reglas insoslayables ante los cuales la voluntad popular debe ceder, lo que implica que para asegurar su respeto debe haber algún tipo de control. Un punto intermedio podría ser el propuesto por Ely donde los jueces solo vigilan que se respeten las reglas para que se dé un correcto desarrollo del proceso de toma de decisiones asegurando la igualdad y luchando contra la discriminación de las minorías. Sin embargo, esto tiene no pocos puntos débiles sujetos a críticas, las cuales expuse en su momento. La más significativa a mi parecer es que se estaría vaciando a la constitución de su contenido más relevante, los valores que protege.

Como puede deducirse, la discusión sobre cual principio debería primar puede exceder en gran medida los límites impuestos por el mismo trabajo. Por lo cual, y debido a estas razones, voy a enmarcar el tema en nuestro derecho, en el cual la constitución y sus reglas son lo que prima en el sistema. No por esto no me hare eco, dentro de las posibilidades de nuestro ordenamiento jurídico, de parte de las críticas efectuadas, ya que estas señalan una realidad que debe ser tenida en cuenta. De esta manera, y de forma similar a como lo hacen las teorías dialógicas, busco conciliar lo mejor posible las críticas al sistema de control de constitucionalidad judicial, no confrontándolas directamente con la supremacía constitucional, sino buscándolas conciliar en la medida de los posible.

Cabe señalar que, por esta primacía constitucional, pasa a tener vital importancia el tema de la interpretación en conflictos constitucionales. Y es que el gran problema surge cuando tenemos diferentes interpretaciones sobre lo que dice la letra de la constitución. La posibilidad de diversidad de opiniones en cuanto a que refiere un mismo artículo de la constitución es lo que hace que este tema requiera especial atención en una comunidad

constitucional. Para que exista un control efectivo, a mi entender, más que basarse en diferentes técnicas, en lo referido a controversias constitucionales, toma significativa importancia escuchar las diferentes voces que surgen en la comunidad, escuchar los argumentos que tienen aquellas personas que se sienten vulneradas ante tal interpretación y las de aquellas que la defienden. Permitiendo de esta manera que el encargado de tomar la decisión escuche todas las voces, y de esta manera pueda llegar a tomar una mejor resolución al conflicto constitucional teniendo en cuenta ideales sociales y políticos de una comunidad en un tiempo dado, requisito que considero vital para llegar a una interpretación correcta de la letra de la constitución.

Por esto es que, desde mi punto de vista, el objetivo que debería tener el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad es el de buscar ser “promotor del debate constitucional”. De manera similar, pero con ciertas diferencias, a como lo entiende Gargarella. El órgano asignado a tal tarea debería intentar encontrar las respuestas a los conflictos constitucionales en la cooperación y el dialogo, no solo con los demás poderes, sino también y fundamentalmente con la población.

Ya que a mi entender, como vengo señalando, el argumento con más valor que tienen las diferentes críticas al control judicial es el de la falta de participación de la población en la decisión final en torno a la inconstitucionalidad o no de alguna norma u acto. Esto va más allá, en mi opinión, de si el que toma la decisión es un órgano cuyos funcionarios son electos por voto popular o no.

Lo entiendo así no solo como resultado de los grandes problemas que tiene el sistema de representación, como, por ejemplo, funcionarios electos que arrogándose la voz del pueblo deciden de forma claramente perjudicial para este mismo, o un sector determinado poniendo sus intereses particulares o los de su partido por sobre los intereses de la población. Ya que en todo caso los jueces tampoco están exentos a estas críticas. Sino porque, a mi forma de ver, el entender que es a través de esta forma de toma de decisiones, la decisión mayoritaria, que se deben tomar decisiones en torno a derechos fundamentales del ser humano es, por lo menos, riesgosa para los principios constitucionales que rigen en nuestro país.

Con esto no digo que siempre las mayorías opriman a las minorías, tampoco que, las minorías no opriman a las mayorías. Lo que intento decir es que el problema va más allá de quien es el encargado de tomar la decisión, sea un órgano “democrático” o no, sino la forma en que la toma. Considero que estas decisiones fundamentales no pueden ser tomadas por cantidad de personas a favor, al menos completamente, sino que deberían ser tomadas principalmente por buenos argumentos, realizados estos a través de un dialogo coordinado de todas las partes involucradas, que busque encontrar la mejor solución posible. De esta manera creo que el poder judicial puede llegar a ser el encargado idóneo para coordinar tal discusión.

Con esto tampoco quiero decir que el Legislativo no tenga las credenciales necesarias para dirigir esta “conversación”, al fin y al cabo, lo hace en un primer momento previo a dictar la ley. Sino que me parece que el Judicial es el órgano más adecuado para que se puedan hacer oír las voces que no pudieron ser escuchadas, o que no fueron escuchadas, en un primer momento. Permitiéndole a estas voces tener un lugar donde puedan ser efectivamente escuchadas, y que, en lo posible, para generarles más seguridad sea un órgano diferente al cual, sienten, los vulnero en un primer momento. Además, me parece que, puede coordinar más efectivamente esta “segunda” discusión al ser un órgano, al cual, cuya fusión misma lo lleva a convivir con la creación de argumentos fundados, coordinación de conflictos, y, en principio, imparcialidad en la toma de decisiones.

De esta manera, y por las razones antes dadas, es necesario permitir al mismo pueblo participar en la toma de decisiones. Permitiéndole así a los ciudadanos brindar sus argumentos para defender sus ideales. Entiendo, como lo hace Gargarella, que ha habido un gran avance en este sentido en nuestro país con la utilización de litigios de tipo estructural, y comparto la idea de que se debe seguir avanzando sobre estas posibilidades de dotar al Poder Judicial de una mayor legitimidad democrática en la toma de decisiones. Todo esto para lograr posicionarlo de mejor manera, como un “director de la discusión popular”.

Con respecto a si esta decisión debe ser la denominada “última palabra”. A mi entender, a diferencia de lo que entiende Gargarella por ejemplo, se debe dotar de la “ultima palabra”

al órgano de control, en este caso el judicial. Esto debido a la vital importancia que tiene esta para el mantenimiento de la seguridad jurídica y social en un conflicto constitucional dado. Considero que el encargado debería de ser, en este caso, el poder judicial porque entiendo que su solución debería ser la más correcta, en momento determinado, ya que esta sería el resultado de una discusión en base a argumentos, buscando entre ellos los mejor fundados y más respetuosos de todas las partes. Discusión está en la que no solo participarían los afectados, que no fueron oídos en un primer momento, o los beneficiados por la norma u acto, sino todo ciudadano que tenga un argumento válido a aportar. Ayudando de esta manera al poder judicial acercarse a la realidad constitucional de sus habitantes, lo cual influye gratamente en temas de interpretación constitucional. La cual, como expresamos ya anteriormente, requiere tener muy cuenta ideales sociales y políticos de una comunidad en un momento determinado.

Cabe señalar que, en mi opinión, esta “última palabra” no tiene por qué ser eterna, ni indiscutible, ya que como seres humanos estamos sujetos a equivocaciones, de las cuales aprendemos y seguimos avanzando. Esta “última palabra”, como dije anteriormente, es la mejor solución en un tiempo y lugar determinados o, dicho de otra forma, la mejor representación de los ideales constitucionales de un Estado en un momento determinado. Y como tal debe existir para dar conclusión al conflicto en ese momento, lo cual como ya señalé es de vital importancia para el correcto mantenimiento del sistema jurídico y del orden social. Sin embargo, nada obstaría a que, en un futuro, con nuevos y mejores argumentos, ese conflicto reviva para dar lugar a una mejor decisión.

Con esto creo que la mejor estructura para generar debate constitucional y buscar la participación efectiva de la comunidad en este, tiene al Legislativo en un primer término, y al Judicial en uno excepcional. Esto porque considero que el Legislativo, funcionando de manera adecuada, es el órgano que mejor representa la noción de “democracia”. Y creo que este, a través de un debate realmente representativo de los sectores sociales, con representantes tanto de las minorías como de las mayorías, puede llegar a una decisión que sea el resultado de un entendimiento mutuo y respetuoso de ambas partes, siendo de esta manera

un verdadero “coordinador” de la discusión popular. De ser así, dificultosamente se pueda llegar al caso de que esa norma legal sea considerada inconstitucional luego, y de serlo lo más seguro es que lo sea solo para con algunos casos y no de forma manifiesta y absoluta.

Para estas ocasiones, en las cuales no se tutelaron algunos posibles casos, o cuando el dialogo en el Legislativo no llegó al resultado esperado y se vulneren de manera manifiesta los derechos fundamentales reconocidos por la constitución. Es cuando a modo de excepción debe actuar el judicial, en defensa del concepto de “constitucionalidad”. Pero ya no de forma aislada y arrogándose el solo la decisión final, como exprese supra, sino volviendo a generar la discusión popular para buscar encontrar definitivamente aquellos buenos argumentos que lo lleven a la decisión correcta en un tiempo y espacio dados.

Para lograr trasladar estos objetivos de manera eficaz deberíamos crear un sistema en el cual el judicial tenga potestad tanto para declarar la inconstitucionalidad inter partes, como para declararla erga omnes, dependiendo el caso. Esto se grafica en el tipo de sistema que debe adquirir el control de constitucionalidad, así como los medios procesales para ejercerlo, pasare a tratar ambos factores a continuación.

4.2 Tribunal/es competentes. Medios procesales idóneos

Como señale en capítulos anteriores, nuestro sistema de control de constitucionalidad adquiere las características de un sistema difuso. Es decir que todos los jueces están, en principio, legitimados para ejercer dicho control dictando la inconstitucionalidad de una norma u acto. Por esto mismo, y por la cláusula del artículo 116, nuestra doctrina generalmente entiende que los efectos de nuestro sistema se limitan a los “inter-partes”, postura que no comparto por lo expreso supra.

Como acabo de mencionar, el que considero el sistema de control de constitucionalidad más efectivo es aquel en donde se permiten ambos efectos, el “inter-partes” y el “erga-omnes”. Esto porque considero que son los primeros los que mejor se adaptan a las

denominadas “inconstitucionalidades relativas”, o “as applied to particular facts”, en la doctrina estadounidense. Ya que entiendo que la mejor forma de enfrentar estos casos, en los cuales la inconstitucionalidad de una norma depende de las circunstancias propias del caso, es dotarles a sus sentencias de efectos inter partes. Esto debido a que estas inconstitucionalidades no afectan a la validez de la norma con respecto a la mayoría de los casos en los cuales se aplica, y podría resultar demasiado gravosa la pena de la inconstitucionalidad. Los segundos, por su parte, me parecen más apropiados para enfrentar aquellas inconstitucionalidades donde la norma es inaplicable en cualquier circunstancia imaginable, las denominadas “on its face” en Estados Unidos. Ya que, si no se dota a estos casos de tal alcance, no solo la eficacia sino también el objetivo mismo del control se vería muy deteriorado. Como exprese anteriormente, significaría permitir que incluso el mismo estado siga afectando derechos que ya deberían estar protegidos. Siguen generando daños injustificables a los particulares que justamente limitan su libertad para evitar esta clase de daños, confiando en el estado para protegerlos.

Sin embargo, por esto mismo, hay que especificar el sistema que se adapte de mejor manera a estos efectos. Como expuse, en el derecho comparado se dan tres tipos de sistemas: el difuso, el concentrado, y el mixto. Nuestro sistema, el difuso, enfrenta un gran inconveniente para admitir estas posibilidades en su misma estructura. Ya que permitirles a todos los jueces dictar sentencias con efectos erga omnes podría desembocar en un caos jurídico, con múltiples sentencias con los citados efectos y que a su vez entiendan cosas distintas. Un juez podría por ejemplo entender que toda la norma afecta a la comunidad, mientras que otro entender que solo una parte de esta lo hace. Para evitar esto lo más eficaz sería designar un órgano específico para dictar este tipo de sentencias. Si bien el concentrado podría cumplir con este objetivo, en tanto permita al Tribunal Constitucional entender en casos concretos con efectos inter partes, para no olvidar los casos con inconstitucionalidades relativas. Esto también podría significar que este tribunal se encuentre desbordado por las causas y no administre la justicia constitucional de una manera eficiente. Por lo cual considero que el mejor sistema para ejercer este control de la forma más eficiente es el mixto. Permitiendo a la totalidad de los jueces entender con respecto a inconstitucionalidades

relativas, con efectos inter partes. Y estableciendo un tribunal específico, que en nuestro caso podría ser la Corte Suprema, cuyas decisiones sean con efectos erga omnes.

Además, cabe señalar también que por el objetivo mismo que dimos al control judicial en las consideraciones del punto anterior. Sería posiblemente ilógico que hagamos participar a toda la comunidad en la toma de la decisión, se presenten miles o millones de personas a presenciar los argumentos dados en la audiencia, movilizemos así a toda la sociedad durante el proceso, y luego entendamos, fuera del caso de las inconstitucionalidades relativas, que esa decisión solo debe tener efectos inter partes.

A su vez, debo señalar, que esta atribución de dictar sentencias con efectos generales debería ser, preferiblemente, otorgada a través de una ley del congreso, y en el mejor de los casos en virtud de un reconocimiento expreso en la constitución. Para evitar así los conflictos que pueda ocasionar una auto atribución de estos por partes de la Corte Suprema, como sucedió cuando se arrojó ella misma como defensora de la constitución y órgano encargado del control de constitucionalidad.

Entiendo a su vez que el mejor modelo de proceso para receptar las consideraciones hechas en el punto anterior es el denominado “juicio de tipo estructural”. Por su forma de atender la gran problemática que significan los problemas públicos de carácter masivo. Permitiendo así a todos los posibles afectados por la decisión expresarse a través de las Audiencias Públicas. Y entiendo también que el dialogo entre los diferentes órganos del estado permite una mejor solución a los conflictos.

Cabe aclarar también, que por la importancia misma que adquiere la discusión popular en los temas constitucionales, se debe tener especial atención a los resultados de esas Audiencias Públicas. Asegurando la exposición de sus argumentos a los interesados y trasladando estos a la sentencia. Ya sea para aceptarlos como para rechazarlos, fundando en estos casos porque se tomó tal decisión. Para que la ciudadanía comprenda de mejor manera el porqué de la decisión final y a su vez tenga efectiva relevancia su participación en torno a la solución dada.

Reflexiones finales

En este capítulo expongo cual es, a mi manera de ver, la solución más acertada al problema que dio origen este trabajo. Para llegar a esta hago alusión a las conclusiones parciales expuestas en los capítulos anteriores, y a su vez propongo el que considero el sistema más apropiado para llevar a cabo un control de constitucionalidad eficaz y respetoso no solo de la constitución sino también de la comunidad.

Como se ha podido ver a lo largo del trabajo, el tema tiene una gran complejidad e importancia. Por esto es que se deben superar diversos obstáculos que se han ido exponiendo de manera profunda a lo largo del desarrollo del trabajo y de manera sintética en este punto para que sea de esta manera más comprensible y directo. Así expongo porque considero que el efecto erga omnes y el control judicial no encuentran un óbice legal en nuestro derecho. Llegando a estar reconocidos incluso dentro de la constitución y las leyes.

Yendo más allá expongo las razones por las cuales considero que el poder judicial puede ejercer el control de manera apropiada, no solo teniendo en cuenta las posibilidades legales, sino dando lugar a otros aspectos como son dotarlo de una mejor “legitimidad democrática” así como dar lugar a una reestructuración o reinención de su función a la hora de ejercer su papel como protector de la constitución. En este punto dando especial importancia a la población en la toma de decisiones, dando lugar para que sus integrantes se puedan expresar y puedan ser parte de la discusión e interpretación constitucional.

A su vez propongo un sistema que comprendo más eficaz para proteger efectivamente a los ciudadanos y a la constitución de los diferentes tipos de vulneraciones que estos pueden tener. Remitiéndome a conceptos expuestos anteriormente como son los de las inconstitucionalidades “as applied to particular facts” y “on its face”. Para de esta manera dar fundamento a los casos que comprendo deben tener efectos acotados a las partes y aquellos que requieren un alcance mayor para una eficaz protección, por medio de los efectos “erga omnes”.

De esta manera creo que, al admitir expresamente el efecto erga omnes, para los casos que lo requieren sería la decisión más acertada por parte del estado. Y permitiría a sus ciudadanos tener la correcta protección que requieren y merecen. No se pide más que el estado reconozca efectivamente los derechos que les corresponden y actúe eficazmente para protegerlos, respetando verdaderamente la letra de la constitución y a su comunidad.

Conclusiones

Los efectos erga omnes en las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad no parecen encontrar óbice legal alguno en el ordenamiento jurídico de nuestro país. Esto se ve reflejado en el reconocimiento constitucional del control judicial de constitucionalidad en la reforma del año 1994, y la falta de limitación expresa de los efectos erga omnes por parte de esta, llegando a ser dichos efectos incluso reconocidos por diversas leyes.

Sin embargo, esto no quiere decir que no haya que tener algunas consideraciones con respecto a los criterios y condiciones con los cuales este se pueda aplicar de manera efectiva y respetuosa a la comunidad. Entre estas, la principal refiere a la “legitimación democrática” del poder judicial para ejercer tales funciones con los efectos señalados. Sería muy difícil de concebir un sistema en el cual el poder judicial dicta sentencias con efectos generales sobre temas constitucionales, en forma aislada, sin tener en cuenta la voz de ciudadanía, y sin permitir que esta participe activamente en la búsqueda de la solución a la controversia constitucional.

Para que esto se de manera apropiado se reanaliza la tarea del poder judicial como órgano encargado de la protección constitucional, y se señala la vital importancia que tiene la comunidad a la hora de determinar cuál es la interpretación correcta de la letra de constitución. De esta manera se reestructura la tarea del poder judicial como “director de la discusión constitucional” ya que se considera que es el órgano más apropiado para receptor las posibles voces no escuchadas en un primer momento, a la vez que potencia el buen desarrollo de la discusión constitucional a través de un dialogo efectivo entre los diferentes afectados y sectores de la población, dando así primacía a la producción de buenos argumentos para la toma de decisiones, por encima del sistema de mayorías.

Ya que se considera que es a través de esta forma de toma de decisiones que se debe llegar a la solución de temas tan importantes como lo son las controversias constitucionales. También se entiende que la decisión tomada por el órgano debe ser la decisión final con respecto a este conflicto, ya que esta sería la mejor representación de los ideales

constitucionales de un Estado en un momento determinado. Y nada obstaría a que en un futuro y con unos nuevos ideales democráticos, con mejores argumentos y en una nueva controversia, se tome la decisión que sea mejor reflejo de ese nuevo tiempo. Respetando así los avances sociales, y los nuevos reconocimientos de derechos.

A su vez un sistema de control de constitucionalidad no sería completamente efectivo si no permitiera los efectos inter partes a la par de los efectos erga omnes, los primeros para los casos de inconstitucionalidades “as applied to particular facts” y los segundos para las denominadas “on its face”. Por lo cual se propone mantener el sistema difuso para las primeras, y designar a un tribunal específico para las segundas, en virtud de las circunstancias propias de cada una, creando así una especie de sistema mixto en donde la totalidad de los jueces puedan dictar la inconstitucionalidad de una norma u acto con efectos inter partes, y la Corte Suprema sea la encargada, en casos determinados, de dictar sentencias cuyos alcances sean erga omnes. A su vez, se sugiere, que estas se den en el marco de “juicios de tipo estructural”, ya que se coincidiría la mejor forma de brindar participación efectiva a la ciudadanía en temas de vital importancia para esta, como son los conflictos constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ALVAREZ ALVAREZ, Fernando D., (2003) “*Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad*”, Revista Dikaion –Lo Justo- Año 17, N°12, recuperado el 28/12/2016 de <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1252/1364>
- AMAYA, Jorge A. “La Judicial Review y la dificultad contramayoritaria” en MANILI, Pablo L. (2010) “*Tratado de derecho procesal constitucional*” (pág. 235-261) 1°ed, Buenos Aires, La Ley, T1
- BIANCHI, Alberto B., (2002) “*Control de Constitucionalidad*” 2° ed, Buenos Aires, Editorial: Ábaco, T1
- BIDART CAMPOS, German J., (2008) “*Compendio de Derecho Constitucional*”, 1° ed, 1° reimp, Buenos Aires; Ediar,
- ETO CRUZ, Gerardo. “*El Fallo “Marbury vs. Madison” y el derecho procesal constitucional*” en MANILI, Pablo L. (2010) “*Tratado de derecho procesal constitucional*” (pág. 189-215) 1°ed, Buenos Aires, La Ley, T1
- GARCÍA-MANSILLA, “La judicial review y sus nuevos críticos” en MANILI, Pablo L. (2010) “*Tratado de derecho procesal constitucional*” (pág. 263-294) 1°ed, Buenos Aires, La Ley, T1
- GARGARELLA, Roberto (2009) “*Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e Interpretación Judicial de la Constitución*” en GARGARELLA, Roberto (2009) “*Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*” (pág. 149-172) 1° ed, Buenos Aires, Albeledo Perrot. T1
- GARGARELLA, Roberto (2014) “*Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*” 1° ed, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- GARGARELLA, Roberto (2013) “*El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*” En GARGARELLA, Roberto (comp.) (2014)

- “Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática”* (pág. 119-158), 1º ed, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- HOGG, Peter w. y BUSHELL, Allison A. (1997) *“El dialogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la Carta de derechos no sea algo tan malo después de todo)”* En GARGARELLA, Roberto (comp.) (2014) *“Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática”* (pág. 17-49), 1º ed, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
 - LAVIÉ PICO, Enrique V. *“Los efectos erga omnes de la sentencia”*, en BRUNO DOS SANTOS, Marcelo A. (2010) *“Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo”* recuperado el 11/05/2016 de www.gordillo.com/pdf_unamirada/11laviepico.pdf
 - PALACIO DE CAEIRO, Silvia B, (2015), *“Control de constitucionalidad y de Convencionalidad”* en BELISLE, Jose M., NOVO, Enrique (Coordinadores) (2015) *“Procesos Constitucionales”* (pág. 39-87) 1ºed, Córdoba, Editorial Mediterránea.
 - RIVERA, Julio Cesar y LEGARRE, Santiago (2009), *“Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina”*, Revista Lecciones y Ensayos, N° 86, (pág.. 321-350)
 - SAGÜES, Nestor Pedro (2007), *“Manual de Derecho constitucional”*, Editorial Astrea,
 - TUSHNET, Mark (2008) *“Revisión Judicial Dialógica”* En GARGARELLA, Roberto (comp.) (2014) *“Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática”* (pág. 105-116), 1º ed, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Jurisprudencia

- C.S.J.N., “Sojo”, Fallos 32:120 (1887),
- C.S.J.N., “Elortondo”, Fallos 33:162 (1888),
- C.S.J.N., “Bernardo Pastorino, sobre pago de sobreestadias”, Fallos 25:368 (1883),
- C.S.J.N., “Pereyra, Iraola Martín c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 139:65 (1923),

- C.S.J.N., “Zemba de Fiamberti, Carolina y otro”, Fallos 183:76 (1939),
- C.S.J.N., “Rodríguez Larreta Anchorena de Zuberbuhler, Josefina María y otros”, Fallos 226:727 (1953),
- C.S.J.N., “Yraizoz, Ernesto y Juan Carlos c/ Bengoechea, Demófilo y otro”, Fallos 247:700 (1960),
- C.S.J.N., “Banco de Mendoza c/ Dirección General Impositiva”, Fallos 247:325 (1960),
- C.S.J.N., “Lorenzo, José c/ Costa de Gorosito, Filomena”, Fallos 253:253 (1962),
- C.S.J.N., “Pulcini, Luis Benjamín y otro”, Fallos 312:2007 (1989),
- C.S.J.N., “Villada, Juan Carlos y otros s/ robo calificado”, Fallos 313:1010 (1990),
- C.S.J.N., “Mill de Pereyra y otros c/ Provincia de Corrientes”, Fallos 324:3219 (2001),
- C.S.J.N., “Monges, Analía M. c/ UBA”, Fallos 319:3148 (1996),
- C.S.J.N., “Gauna, Roberto Atenor”, Fallos 306:65 (1884),
- C.S.J.N., “Halabi Ernesto c/ P.E.N”, Fallos 32:120 (2009),

Legislacion

- Art. 43, Constitución de la Nación Argentina, Convención Nacional Constituyente, 1994
- Art. 14, Ley 48, Honorable Congreso de la Nación Argentina
- Art. 33, Ley General del Ambiente N° 25.675, Honorable Congreso de la Nación Argentina
- Art. 54, Ley de Defensa del Consumidor 24.240, Honorable Congreso de la Nación Argentina
- Art. 113, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1996
- Art. 193, Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Santiago del Estero, 2006

- Art. 159, Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Convención Constituyente de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 1991
- Art. 208, Constitución de la Provincia de Rio Negro, Convención Constituyente de la Provincia de Rio Negro, 1988
- Art. 9, Constitución de la Provincia de Chaco, Convención Constituyente de la Provincia de Chaco, 1994
- Art. 175, Constitución de la Provincia de Chubut, Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Chubut, 1994

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACION



AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERSIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar Fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____ certifica que la tesis
adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.