

XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Comisión: **Derecho Procesal Constitucional**

Tema: **Crisis del control de constitucionalidad**

Título de la ponencia: **Control de constitucionalidad y efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Suprema**

Apellido y nombre: **Puppio, Agustín Francisco**

Dirección postal: **San Lorenzo 760, San Miguel de Tucumán**

Teléfono: **0381-4318863**

Dirección de correo electrónico: **agustin_puppio@hotmail.com**

Breve síntesis de la propuesta:

En el presente trabajo se comienza por delimitar el concepto de efecto *erga omnes* de las sentencias constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, partiendo de las características de los modelos de justicia constitucional. Sobre la base de esta definición, se plantea el interrogante acerca de si los fallos de la Corte pueden tener dicho efecto general, es decir, si constitucionalmente existiría la posibilidad de que posean un efecto asimilable a la derogación de la norma declarada inconstitucional. Se sostiene que el efecto *erga omnes* que pueden llegar a tener las sentencias de la CSJN en ciertos casos con determinadas características, no son una anomalía dentro del sistema difuso de control de constitucionalidad, en razón de lo cual, no puede afirmarse que estemos en presencia de una “crisis” del modelo.

Art. 7 del Reglamento: Postulante al premio de la AADP y El Dial

Control de constitucionalidad y efectos erga omnes de las sentencias de la Corte Suprema

I. Introducción

El propósito del presente trabajo es reflexionar en torno a los interrogantes que se plantean en este Congreso de Derecho Procesal en el eje temático que lleva por título “Crisis del control de constitucionalidad”. Allí se ha propuesto discutir, centralmente, sobre los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes, en especial de aquellas emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y si ello deriva en una “crisis” del sistema de control de constitucionalidad.

De acuerdo con la propuesta temática de la comisión, a partir de la circunstancia de que “la Corte Suprema de la Nación ha efectuado numerosas declaraciones de inconstitucionalidad que parecen proyectar sus efectos más allá del caso que decide”, emergen los interrogantes acerca de si, en el marco de un sistema de control de constitucionalidad ceñido al caso concreto como el que rige en la Argentina a el nivel federal, éstas sentencias podrían proyectarse más allá de los sujetos que actuaron como parte del proceso, y de “cómo se concilia la decisión adoptada por la Corte Suprema en el caso ‘Rizzo’ con el esquema clásico de control de constitucionalidad, en el que los efectos de la decisión no son derogatorios de la norma impugnada”¹.

II. ¿De qué hablamos cuando hablamos de efectos *erga omnes*?

Cuando se habla en general de “efectos expansivos de las sentencias” se engloban con frecuencia bajo ese rótulo cuestiones diversas que merecen distinto tratamiento y no son susceptibles de las mismas objeciones, con lo cual deviene imprescindible delimitar en forma previa los distintos supuestos a los que se

¹ Véase Guía Temática, Comisión de Derecho Procesal Constitucional, eje temático “Control de constitucionalidad” en www.congresoprocesal2015.org.ar

refiere. Uno entre ellos es el denominado efecto *erga omnes*, y en este apartado intentaré delimitar y precisar su concepto, que muchas veces aparece oscuro e indefinido con otros tipos de efectos de las sentencias.

Bien es sabido que la Argentina, en el orden federal, adoptó el modelo de la *judicial review of legislation*. En nuestro país el sistema presenta los siguientes caracteres centrales: es judicial difuso, toda vez que cualquier juez federal puede declarar inconstitucional una norma, modalidad que la reforma constitucional de 1994 adopta de manera expresa en el art. 43 de la CN; solo pueden expedirse en casos judiciales concretos; es un control a posteriori de la entrada en vigencia de la norma y la sentencia tiene efecto únicamente para las partes (*inter partes*) involucradas en el proceso judicial².

La nota esencial que diferencia el sistema americano (*judicial review*) del sistema de justicia constitucional concentrada o especializada radica en atribuir el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes a un tribunal especializado. En este sistema, conocido como de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* (jurisdicción constitucional), dicha competencia ya no estará difuminada en todos los jueces del Poder Judicial, sino que será atribuida, por diversos motivos, exclusivamente a un único órgano (Tribunal o Corte Constitucional), abriéndose paso como una especie de “fuero” constitucional.

El modelo americano exige la presencia de un caso concreto o controversia en el marco del cual se analiza la compatibilidad entre alguna norma y la constitución. La declaración de inconstitucional implica la *inaplicación* o *desaplicación* de la norma controvertida sólo para ese caso concreto y particular; es de la esencia del modelo, entonces, que sus efectos se limiten a las partes intervinientes en el juicio. El juez resuelve como si la norma no existiera.

En el modelo concebido por Kelsen, aplicado en la constitución austríaca de 1920, no requiere la presencia de un “caso o controversia”, toda vez que prevé una acción directa “pura” de inconstitucional para la que habilita a ciertos funcionarios. Las sentencias de la Corte Constitucional, en tanto que “legislador negativo”, no

² Vanossi, R. y Ubertone F., Control jurisdiccional de constitucionalidad. En Bazán, V. (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 43-95. Dalla Vía, Alberto, *La justicia constitucional en la Argentina*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 1997, N° 1, 35-48.

podían sino poseer un efecto *erga omnes*, es decir, la ley reputada inconstitucional quedaba derogada con efectos generales desde su publicación (o desde la fecha posterior que fije el tribunal, no pudiendo exceder de seis meses). Por ende, la ley conservaba todos sus efectos y era de aplicación obligatoria por todos los jueces hasta tanto una decisión de este tribunal, mediante un *contrarius actus* con igual fuerza que el acto creador, la abrogase *pro futuro*.

Ahora bien, este esquema clasificatorio responde en forma genérica a los denominados modelos “puros”. Sin embargo, esa “pureza”, manifestada en una separación absoluta y clara de ambos modelos, se fue perdiendo a medida que cada uno de ellos comenzó a incorporar elementos del otro, de forma tal que la desconcentración o concentración absolutas del control de constitucionalidad se fueron atenuando³. Tales elementos se fueron insertando en los modelos a modo de “corrección” o “ajuste” de los defectos o puntos débiles que se fueron advirtiendo en cada uno⁴.

Estas breves pero indispensables premisas conceptuales, ayudarán a comprender el enfoque que adopto para tratar la cuestión. Cuando habitualmente se habla del aumento de los efectos expansivos de la sentencia constitucional, en ocasiones se quiere indicar el efecto de las sentencias constitucionales de la Corte en relación a los tribunales inferiores. Es decir, cuál es el efecto vinculante que ellas tienen para los jueces inferiores, si es que existe un deber de conformarse a ellas. Éste es precisamente uno de los puntos donde el sistema difuso comienza a confluir en parte con el modelo concentrado: la Corte Suprema de los Estados Unidos adopta, a partir de “Cooper vs. Aaron” en 1958 la doctrina del *stare decisis* que establece la obligatoriedad de su jurisprudencia para los tribunales del país cuando deban decidir casos análogos. En este sentido la Corte norteamericana se acerca al modelo del “legislador negativo”, función propia de un tribunal constitucional en el sistema concentrado, puesto que *los jueces*, en los sucesivos casos análogos que se presenten relativos a esa ley, deben reputarla como prácticamente derogada.

³ Para un mayor desarrollo de este tema puede verse Fernández Segado, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Universidad Autónoma de México, México DF, 2004.

⁴ Cfr. Sagües, Nestor, *La interpretación judicial de la Constitución*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, págs.. 193-206.

Por ello puede afirmarse que, por la aplicación de la doctrina del *stare decisis*, la Corte prácticamente *derogó en forma parcial* la norma declarada inconstitucional (esto es, al menos, está derogada para su aplicación por parte de los jueces). En la Argentina no se aplica en forma estricta y con esos caracteres absolutos la doctrina del *stare decisis* vertical, pero la Corte Suprema nacional ha demostrado a lo largo de los fallos tener una vocación tan grande como la de su par norteamericana de que sus sentencias sean seguidas por los tribunales inferiores y, solo a modo de excepción, se aparten de ellas.

En no pocas oportunidades se ha escuchado hablar del efecto *erga omnes* de la sentencias en alusión al efecto vinculante de los precedentes de la Corte Suprema. O también se ha nombrado de este modo al efecto de una sentencia oponible a terceros, por ejemplo una sentencia declarativa de estado o la que hace lugar a una acción de reivindicación⁵. Sin embargo se trata de supuestos en los que, desde el punto de vista conceptual, no cabría hablar de efectos *erga omnes*.

En el marco de las sentencias constitucionales el efecto *erga omnes* se identifica con la *derogación total* o *abrogación* de las normas sobre las que ha recaído la declaración de inconstitucionalidad. Este efecto, que es una particularidad originalmente prevista para los modelos concentrados de control constitucional que procuraban fundamentalmente la depuración del orden jurídico, se ha producido, en los hechos, en un sistema difuso como el argentino en casos como “Rizzo” o “Aparicio” decididos por la Corte en el último tiempo. Pero también con casos anteriores como “Fayt” y “Nobleza Piccardo”⁶, situación que analizaremos en el apartado siguiente. Recalco la frase “en los hechos” porque desde el punto de vista de lo formalmente jurídico la facultad *derogar* leyes es un acto político propio del Congreso de la Nación. Los jueces tienen la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las normas que, en determinados casos que señalaré seguidamente, pueden tener *efecto* derogatorio. En otras palabras, sólo el

⁵ Así lo hace, por ejemplo, Bolullin, Alejandro, *Los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad*, Suplemento Actualidad La Ley, 18/05/04, p. 1

⁶ CSJN Fallos 321:3487

Parlamento puede *derogar*, pero los jueces pueden a veces emitir fallos que tengan *el mismo efecto*.

Lo que decide un tribunal también desborda al caso concreto y a las partes originarias en los procesos colectivos, en particular luego de la reforma de constitucional 1994 que incorporó en el art. 43, donde se consagran los “derechos de incidencia colectiva en general”. De este modo, ante la presentación de un legitimado colectivo, los efectos de la sentencia pueden expandirse hacia todos los integrantes de la clase. Es lo que sucedió en la caso “Halabi”. Este caso era referido a lo que la mayoría de la Corte denominó “derechos individuales homogéneos”, pero cuando alguien concurre en defensa de algún derecho colectivo del que es titular no exclusivo, la circunstancia de que la decisión de un tribunal, *en los hechos*, beneficie todos aquellos que comparten ese derecho, no significa que se haya dejado de lado el requisito de caso judicial y el efecto limitado a las partes del juicio. Así, por ejemplo, en una acción de amparo ambiental deducida por un habitante de un pueblo que es afectado por la contaminación producida por un ingenio azucarero, donde ésta industria es obligada al cese de la polución o a iniciar procesos más eficaces de tratamiento de sus emanaciones, sin duda que, además del amparista, se han visto beneficiados todos los habitantes del pueblo. Sin embargo hay aquí un *efecto fáctico o material* de la sentencia. Tampoco puede hablarse aquí, con propiedad, de efectos *erga omnes*.

A modo de conclusión de este apartado del trabajo puedo señalar que:

* Bajo el título de efectos *erga omnes* de la sentencia o de la “cosa juzgada constitucional” se han incluido temas diversos que merecen un análisis diferencial, tales como efecto vinculante de los precedentes de la Corte, los efectos expansivos de la cosa juzgada en acciones colectivas referidas a derechos individuales homogéneos, la oponibilidad a terceros de las sentencias, los efectos fácticos de acciones colectivas entabladas por un particular que benefician *de hecho* a otras personas que comparten la titularidad de ese derecho; en suma aluden a supuestos a los que no les cabe propiamente tal designación.

* La denominación de sentencias con efecto *erga omnes* debe reservarse solamente a aquellas decisiones judiciales que produzcan un efecto de derogación o abrogación de la norma, aunque claro está que formalmente siguen vigentes.

* Tal efecto derogatorio es propio de la jurisdicción constitucional concentrada, donde se entabla una acción abstracta de inconstitucionalidad que busca ese efecto abrogatorio, aunque en sistemas de control de constitucionalidad desconcentrados como el norteamericano y el argentino encontramos sentencias constitucionales que tienen ese mismo efecto, con lo cual la pregunta que emerge es si pueden tenerlo.

III. ¿Pueden tener efecto *erga omnes* las sentencias de la Corte Suprema?

Establecido el concepto de efecto *erga omnes* surgen entonces los interrogantes ¿Puede la Corte actuar como “legislador negativo” en el marco de nuestro sistema de control difuso? ¿es esto constitucionalmente posible? ¿se afecta el principio democrático o de división de poderes?

En este breve espacio sólo intentaré al menos esbozar una respuesta que pueda luego ser profundizada. En ese objetivo conviene recordar que, como columna central del sistema difuso, se encuentra el concepto de “caso”. Es éste el concepto clave del asunto. Él marca el territorio propio de la función judicial y señala las fronteras con la función legislativa, como el propio tribunal lo ha reconocido. Un primer argumento entonces nos diría: si la Corte analiza la validez general de la norma sin vincularla a un caso (en el que “se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas”⁷), estaría actuando fuera de su esfera de competencia constitucional. Se limitaría a un exclusivo análisis *objetivo* de la norma, algo propio del sistema concentrado y vedado por normas constitucionales y legales que exigen que siempre que se pronuncie en el marco de un caso. Si, además de ello, confiere a sus sentencias el efecto *erga omnes*, es decir, derogatorio de la norma cuya inconstitucionalidad declara,

⁷ Fallo “Baeza, Aníbal y otros c. Estado Nacional”, 28/8/1984, ED 110-357.

entonces está actuando propiamente como un tribunal constitucional concentrado; en sustancia, como un “legislador negativo”.

La tríada “caso”, “legitimación activa” y “efectos de la sentencia” están íntimamente implicados. Cuando exista un legitimado colectivo que interponga una acción en resguardo de ese derecho, los efectos de la sentencias se proyectarán hacia el resto de los afectados (ya sea de modo fáctico o jurídico, como es el caso de los intereses individuales homogéneos). Cuanto más amplia sea la legitimación, más generales serán los efectos de la sentencia, y el concepto de caso tal cual lo habíamos definido se amplía. Pero sólo perderá sus contornos cuando alcance una amplitud tal que cualquier ciudadano pueda interponer la acción declarativa (acción popular): allí el concepto de caso se habrá esfumado.

Ahora bien, la doctrina, en base a algunos antecedentes jurisprudenciales, ha teorizado sobre la posibilidad de que cierto tipo de control judicial de constitucionalidad en el modelo difuso tenga efectos generales, es decir, *asimilables* a la derogación de la ley por el poder legislativo.

Uno es el caso de la declaración de inconstitucionalidad *on its face* mencionado por Bianchi⁸, impulsado por la Corte Suprema norteamericana. Se trata de “una invalidez manifiesta de la ley (muy próxima a su nulidad) y por ende la misma no puede ser aplicada en ningún caso”, por oposición a la inconstitucionalidad *as applied to particular facts*.

El otro es el caso de las nulidades constitucionales. Algunas de estas nulidades hay sido expresamente consagradas en la constitución (nulidades propias)⁹, en otras “la Constitución señala expresamente el modo en que deben ser adoptados [en referencia a los actos o normas infraconstitucionales], y no una mera pauta genérica para su dictado...sin que exista para ellos [los órganos que los dictan] un margen de discrecionalidad... [S]e trata de mandatos positivos y no de límites

⁸ Bianchi, Alberto, *Algunas reflexiones sobre los efectos de las sentencias*, Revista Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, 2002, p. 1 y ss.

⁹ Entre ellas están los art. 29, 36 y 99 inc. 3 de la Constitución Nacional. Manili, Pablo, *Teoría Constitucional*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 140. Entre ellas están los art. 29, 36 y 99 inc. 3 de la Constitución Nacional.

negativos a la voluntad del órgano: la Constitución indica cómo deben ser hechos, en vez de establecer cómo no deben ser hechos”¹⁰.

Veamos que sucede con el fallo “**Rizzo**”, donde la Corte declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2, 4, 18 y 30 de la ley 26.855 y del decreto 577/13, en el marco de una acción de amparo iniciada por un representante de una lista del Colegio Público de Abogados de la ciudad de Buenos Aires¹¹. En este caso la declaración de inconstitucionalidad ha tenido efectos *erga omnes*. ¿Se ha esfumado el “caso” en este fallo? ¿se trató de un supuesto de control abstracto? ¿Estábamos en presencia, como señala Trionfetti¹², de un “proceso colectivo por estar afectado una clase o grupo específico de personas” que serían los ciudadanos integrantes del padrón electoral y los académicos, científicos, abogados y jueces que quieran ser elegidos en las condiciones de la ley 26.855? En el proceso el demandante buscaba que al representante del estamento de los abogados lo elijan los abogados matriculados y no el conjunto de la población. Por la naturaleza de la pretensión resultaba *materialmente* imposible que la eventual declaración de inconstitucionalidad se limite al demandante. Es decir, no existía la posibilidad material de que aquellos integrantes de la “clase” de los abogados que hubieren querido salirse pudieran haberlo hecho para que la sentencia no se les aplique a ellos¹³. Resulta aplicable también aquí lo considerado en el voto de los Dres. Petracchi y Arguimbau en “Halabi”: “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

¹⁰ Manili, P., op. cit., p. 142. Entre las normas que acarrearían estas nulidades impropias el autor incluye, entre otras, la alteración del procedimiento de sanción de leyes, la violación de las mayorías especiales para el dictado de ciertas leyes, el incumplimiento de un proyecto en determinada Cámara, las reformas que traspasen los mandatos del poder preconstituyente.

¹¹ En razón del espacio acotado de esta ponencia, remito directamente al fallo en relación a los hechos y fundamentos del caso que, por cierto, son bastante conocidos por la enorme repercusión pública y política que tuvieron.

¹² Trionfetti, Víctor, *La función jurisdiccional y el veto judicial*, Revista La Ley 29/05/2015.

¹³ Algún abogado que haya estado de acuerdo con la ley y en desacuerdo con Rizzo, no podría haberse presentado para decir: “solicito que a mi respecto siga vigente la norma”. Hacer lugar al derecho de Rizzo implicaba que no pueda haber otra competencia electoral por fuera de la estamentaria de los abogados.

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)".

No era necesaria en el caso "Rizzo", como podría pensarse, una legitimación extraordinaria¹⁴, puesto que no es en propiedad un "proceso colectivo". Sin duda que el derecho reclamado por el acto tiene ribetes y trascendencia colectiva toda vez que repercute sobre terceros (en especial los ciudadanos que quieran votar, y los partidos políticos que quieran presentar candidatos, en esas elecciones, pues se les estaría vedando esa posibilidad concedida por la ley). Desde el punto de vista de la legitimidad de la decisión la Corte ganaría abriendo el proceso a la participación de otras voces para escuchar distintas posturas y más razones. Aunque tampoco es que ellas no se presentaron: los fundamentos de la posición contraria fueron desarrollados y defendidos por el Ministerio Público Fiscal en su dictamen. Y quién más que ésta funcionaria, con la preparación y el equipo técnico que posee la estructura de este órgano, puede estar en condiciones de argumentar del modo más adecuado para la defensa de esos intereses. En el paradigma de la denominada "justicia dialógica"¹⁵ es deseable que se produzca algún tipo de apertura de todo proceso con trascendencia institucional, pero de allí a sostener que la Corte se salió de su cauce afectando la división de poderes, hay una distancia considerable, máxime si se repara en que la inconstitucionalidad que afecta a la norma puede ser evidente y manifiesta.

En efecto, "Rizzo" se trata de un caso muy cercano al de una nulidad constitucional. ¿Es éste un caso donde cabía ejercitar un meditado y fundamentado análisis de razonabilidad de una norma constitucional que dejó al Congreso un margen de apreciación para la interpretación acerca de quién debe integrar este Consejo o, por el contrario, se trata de un mandato constitucional expreso y claro? La constitución nacional ha sido muy clara respecto del modo en

¹⁴ Así, Trionfetti, op. cit.

¹⁵ Para ampliar puede consultarse Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder Judicial como promotor de la liberación democrática*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.

que debe integrarse el Consejo de la Magistratura de la Nación: se compone por los representantes de los estamentos mencionados. Se trata de un mandato positivo que, como ha quedado adecuadamente fundado en el voto mayoritario, *ninguno* de los criterios de interpretación constitucional conduce razonablemente a la interpretación del art. 114 de la CN pregonada por el Congreso y plasmada en la ley 26.855¹⁶. De allí que no pueda caber otra posibilidad que el efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad (nulidad). Así también, la extensión al estamento de los jueces y académicos de la tacha de inconstitucionalidad, peticionada en principio por los abogados, parece ineludible, lógico y coherente, siguiendo esta línea de análisis.

Si bien existe un voto en disidencia que no entiende traspasado por la ley cuestionada el mandato constitucional, no se deriva lisa y llanamente que exista otra alternativa razonable de interpretación de la cláusula constitucional. De hecho, antes de que la Corte dicte su sentencia en la causa “Nobleza Piccardo” por la inconstitucionalidad (nulidad) de una ley en cuya sanción no se observó el procedimiento previsto en la constitución, era una cuestión política no justiciable. Por lo demás, el voto del Dr. Zaffaroni se acerca bastante a algo que la Corte desestimó en el reciente caso “Colegio de Abogados de Tucumán”: “no es admisible modificar las reglas sobre la base de los resultados que surgen luego de incumplirlas”.

En suma, existen casos donde por el tipo de derecho debatido y la naturaleza de la pretensión, la mera declaración de inconstitucionalidad resulta materialmente imposible que se aplique en forma exclusiva a las partes del litigio. Si a ello le sumamos que un caso como “Rizzo” puede considerarse alcanzado por un tipo de nulidad constitucional, puede concluirse que el efecto *erga omnes* que posee la sentencia no se presenta como una anomalía dentro del esquema difuso de control constitucional. Mientras los jueces se mantengan dentro de los límites del caso, lo cual se dará en tanto la Corte exija (y los accionantes demuestren) un *nexo suficiente* entre el derecho alegado y la situación particular del

¹⁶ Véase el considerando 16 del voto mayoritario.

demandante¹⁷, no se afectará el principio de división de poderes, y se disipará toda idea de crisis del sistema difuso de control de constitucionalidad.

¹⁷ Cfr. “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro”, CS 22/2009 (45-C) de fecha 14/04/15.