

# **Las sentencias constitucionales y el control de constitucionalidad en Argentina. ¿Nuevo paradigma?**

Por

**María Florencia Estevarena\***

## **I. Introducción**

El sistema de control de constitucionalidad en el régimen federal argentino es, en puridad, difuso y la sentencia constitucional –refiriéndonos a aquella que termina interpretando o integrando el derecho que fuera puesto en análisis como consecuencia del “caso constitucional”<sup>1</sup>– produce efectos respecto de las partes intervinientes.

De la interpretación armónica de los arts. 31, 116 y 117 CN queda en claro que la competencia federal –entendida como la asignación de jurisdicción por materia para el conocimiento de asuntos que versan sobre puntos regidos por la Constitución Nacional, las leyes dictadas por el Congreso de la Nación y los tratados internacionales– se despliega por todo el país, correspondiéndole a todos los jueces, con las excepciones indicadas para la Corte en instancia originaria y exclusiva.

Así supo reconocerlo el propio órgano en varias oportunidades: “...Entre nosotros rige el sistema de control judicial, que es difuso, en tanto tal custodia está depositada en el quehacer de todos y cada uno de los jueces; 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

---

\* Abogada de la UCA. Secretaria de la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Cursante en el Programa de Formación de Magistrados, de la Escuela Judicial. Consejo de la Magistratura de la Nación. Cursando Posgrado de Especialización en Magistratura (FUNDESI). Posgrado en Conducción de Recursos Humanos de la UCA. Docente y Coordinadora Académica de la Escuela de Abogacía de Buenos Aires (EABA), Departamento de Capacitación del Foro de Estudios para la Administración de Justicia (FORES).

<sup>1</sup> Gozaíni, Osvaldo Alfredo. Sobre sentencias constitucionales y la extensión *erga omnes*. *Diario La Ley*, 2007-D, 1242 ap. I.

averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella<sup>2</sup>(...)”.

De este modo, la eficacia y uniformidad del control de constitucionalidad ejercido por los magistrados, requiere en última instancia, la existencia de un tribunal supremo especialmente encargado de revisar las decisiones dictadas al respecto. Y en el régimen de nuestra Constitución, tal órgano no es otro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>3</sup>.

Ahora bien, aparece indiscutido que la intervención de los tribunales nacionales opera con relación a un caso concreto, no pudiéndose formular declaraciones dogmáticas sobre la validez constitucional de normas jurídicas o actos de otros poderes, ni evacuar consultas, ni decidir cuestiones abstractas de derecho<sup>4</sup>. Efectivamente, el ejercicio del control de constitucionalidad, sea a pedido de parte u oficioso, no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de la controversia en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior que se pregona en pugna con la Constitución Nacional o de esta.

Empero, las paulatinas y graduales interpretaciones que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido brindando en el ejercicio de su rol de último y definitivo guardián en la exégesis de la Carta Magna, parecen haber dado cierta elasticidad al modelo original.

Como se verá en el correr de la exposición, esta no solo ha determinado directamente sobre el modo de fallar de los tribunales inferiores –so riesgo de incurrir en arbitrariedad, en caso de apartamiento infundado de su doctrina–, sino que a través de la legitimación amplia consagrada en el art. 43 CN ha extendido los efectos de sus resoluciones a un universo innúmero e incierto de personas. Incluso ha sabido incursionar en una modalidad que la aproxima a la función de los Tribunales Constitucionales del sistema continental europeo, condicionando con sus fallos al Parlamento.

De tales asuntos nos ocuparemos seguidamente.

---

<sup>2</sup> CSJN, *in re*: Fermin, Mauricio s/causa n° 2061 del 22/07/2008; *Fallos*, 331, p. 1664.

<sup>3</sup> *Fallos*, 330, p. 103.

<sup>4</sup> La CSJN ha sostenido: “El interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera esta contraría la Constitución Nacional, qué gravamen le causa, y debe probar, además, que ello ocurre en el caso concreto, sin que, a tal fin, alcance la invocación de agravios conjeturales, evitándose con ello juicios abstractos o meramente académicos, en tanto la intervención de la Corte no puede tener un simple carácter consultivo” (*Fallos*, 330:5111; 327:4023, entre muchos otros).

## II. Ampliación de las fronteras del “caso”

### 1. La doctrina del *stare decisis* del *common law* y su paralelismo en nuestro sistema

En los comienzos de nuestra organización política e institucional, fue famosa la polémica entre Sarmiento y Alberdi sobre quién debía fiscalizar y resguardar a la Constitución Nacional<sup>5</sup>. Las ideas campeaban entre el modelo de la Constitución Americana con obligatoriedad de seguimiento de los fallos del supremo tribunal, y el mecanismo difuso que dejaba en manos de la Corte la instancia resolutoria final en instancia apelada; criterio, este último, que primó en definitiva.

Pues bien, aún cuando en su forma más radical la regla del *stare decisis* no resultara aplicable (dado que allí existe obligación jurídica de seguir los precedentes), la doctrina que ha ido elaborando sobre el deber de seguir su jurisprudencia podría llegar a equipararse significativamente en cuanto a sus efectos: el tribunal superior sanciona el incumplimiento del seguimiento del precedente con la anulación del fallo<sup>6</sup>.

A tal conclusión se arribó luego de un sinfín de matices en torno de un mismo criterio<sup>7</sup>.

El primer anticipo de la doctrina del efecto vinculante de las sentencias de la Corte, lo podemos hallar en un caso del 9 de abril de 1870: “Magdalena Rivera c/Vicente García Aguilera”<sup>8</sup>. El juez federal de sección de San Juan había resuelto que los jueces debían sentenciar subordinándose a las decisiones de la Suprema Corte, criterio que el Máximo Tribunal aceptó al confirmar “por sus fundamentos” el auto apelado.

<sup>5</sup> Manili, Pablo L. y López Alfonsín, Marcelo A. (2003). ¿Quién debe ejercer el control de constitucionalidad en Argentina? En *Defensa de la Constitución. Galantismo y controles*. Buenos Aires: Ediar, p. 534.

<sup>6</sup> Bianchi, Alberto B. (2002). *Control de Constitucionalidad* [T. I]. Buenos Aires: Abaco, p. 49.

Destaca el mentado autor que la doctrina de la CSJN es prácticamente igual a la regla del *stare decisis* del *common law* en tanto: a) supone la existencia de un caso dictado por un tribunal superior cuya doctrina es aplicable a los casos que deben resolver los tribunales inferiores; b) en el supuesto de que el fallo no sea aplicado, la Corte revocará el fallo; c) el caso precedente no posee efectos *erga omnes*; d) el juez inferior puede apartarse si fundamenta su apartamiento; e) no hay obligación de seguir los *obiter dicta*

<sup>7</sup> Sánchez, Ignacio E. La obligatoriedad de los precedentes de la Corte a raíz del fallo “Maldonado”. En *La Ley Suplemento Constitucional* del 4/11/2010, pp. 55–60.

<sup>8</sup> *Fallos*, 9, p. 53.

Aquel predicamento del “simple sometimiento”, luego se atemperó en “Bernardo Pastorino c/Ronillón, Marini y Cia”<sup>9</sup> donde se habló de un “deber moral”. La obligación ética de los jueces inferiores de conformar las decisiones a las directivas de la Corte, tiene su base en una presunción de verdad y justicia (motivación axiológica) y en razones de economía procesal para evitar los recursos de apelación inútiles (motivación práctica). No obstante, es de carácter relativo por cuanto se habilita un corrimiento de la doctrina del fallo, si es que existen motivos valederos para hacerlo. “Ningún tribunal es infalible” sentenció el Alto Tribunal.

En el caso “Santín Jacinto I.”<sup>10</sup> dio una nueva variante de la versión anterior. Luego de reconocer la incuestionable libertad de juicio de los jueces en el ejercicio de sus funciones, advirtió que a la par de tal atribución se encontraba la autoridad definitiva que para la interpretación de la Constitución tenía la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El respeto a sus veredictos, contribuía al sostenimiento del orden institucional, cuya perturbación debía evitarse.

La doctrina actual se consolida sustancialmente sobre esta línea de pensamiento.

En “Cerámica San Lorenzo”<sup>11</sup> se descalificó el fallo que se aparta de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por esta, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y las leyes dictadas en su consecuencia.

Posteriormente se delineó con mayor precisión tal habilitación: el juez inferior podrá apartarse, pero no sin justificación expresa y con nuevos fundamentos distintos a los evaluados por la Corte<sup>12</sup>; pues un proceder diverso importa desconocer el deber de las instancias inferiores de conformar sus decisiones a la autoridad institucional de las sentencias del Alto Tribunal<sup>13</sup>.

Si bien no existen parámetros fijos, ni fórmulas precisas para valorar tales motivos “apartantes” –los que quedan en un primer momento bajo la esfera de incumbencia y discrecionalidad de cada tribunal– será la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que en última instancia –por la vía de la doctrina de la arbitrariedad en el marco del art. 14 de la ley 48– revise tales causales y resuelva si son valederas o no.

---

<sup>9</sup> Fallos, 25, p. 368.

<sup>10</sup> Fallos, 212, p. 59.

<sup>11</sup> Fallos, 307, p. 1094.

<sup>12</sup> ED, pp. 136–453.

<sup>13</sup> Fallos, 331, p. 162.

Como resultado, podría concluirse que a través de la interpretación propiciada se ha desdibujado la regla tradicional que en materia de control constitucional pretendió ceñir *exclusivamente* la solución al caso fallado. La sentencia constitucional emanada del Tribunal Supremo bien puede proyectarse a los casos análogos que tramiten en los demás tribunales del país<sup>14</sup>.

## **2. Efectos expansivos de la cosa juzgada en la sentencia constitucional**

La eficacia *inter partes* de una sentencia que declara una inconstitucionalidad significa que el juez no abroga la ley que interpreta, sino que declara la inaplicación de ella, por encontrar una nulidad o vicio que la invalida con atención singular al caso concreto que analiza.

Se tiene dicho al respecto: "Uno de los mayores aciertos de la Constitución de los Estados Unidos directamente aplicables a nuestro sistema, consistió en limitar los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad a la causa o litigio donde aquella fue declarada, sin afectar empero los efectos normales de la ley sobre las personas extrañas al pleito en que la invalidez fue pronunciada, que debe ser cumplida y reviste iguales efectos que otra cualquiera"<sup>15</sup>.

Quede claro: en el régimen federal argentino no hay otra posibilidad que el ejercicio del control de constitucionalidad en un caso concreto. El art. 116 CN y su concordancia con el art. 2° de la Ley 27 no dejan margen para otra posibilidad. La controversia siempre se resuelve como un conflicto jurídico entre contendientes y sin otro efecto que el proyectado desde la cosa juzgada.

No obstante, esta modalidad no se replica en todas las jurisdicciones provinciales, porque algunas Constituciones locales prevén mecanismos que reconocen efectos generales a las sentencias constitucionales: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>16</sup>, San Juan<sup>17</sup>, Neuquén<sup>18</sup> y Río Negro<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Sagüés, Néstor Pedro (1981). Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En *ED*, 93, pp. 891-900.

<sup>15</sup> *Fallos*, 327, p. 1813.

<sup>16</sup> Art. 113. 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 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.

<sup>17</sup> Art. 11. Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la ley suprema de la Nación o esta constitución, carecen de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio,///

Volviendo al ámbito nacional, encontramos que el proceso colectivo constituye una excepción en torno de la regla tradicional de la cosa juzgada. Allí la sentencia produce efectos no solo respecto de las partes, sino que alcanza a todos los que tienen interés en el conflicto.

Pese a que en Argentina no contamos con una legislación general que regule esta materia, existen concretas disposiciones en la Ley General del Ambiente n° 25.675<sup>20</sup> y la Ley de Defensa de los Consumidores n° 24.240<sup>21</sup>, donde se hacen referencias al efecto *erga omnes* de los pronunciamientos.

Lo cierto es que la expansión de la *res iudicata* se resuelve entonces desde los presupuestos de la legitimación procesal. La misma alcanza tanto a los amparos colectivos (art. 43 párr. 2 CN) en la medida que el concepto de “derechos de incidencia colectiva” permite ampliar la sentencia hacia todo beneficiario (*pro homine*); como a los “procesos colectivos” que aún pudiendo no referir a conflictos de naturaleza constitucional, la significación del universo de sujetos comprendido, se erige como una nota relevante para motivar una misma solución.

En síntesis: en los casos en que la cuestión constitucional se desarrolla en el marco de un proceso concerniente a un derecho individual que admite una solución

---

///aún cuando no hubiere sido requerido por parte, previo conocimiento a las mismas. La inconstitucionalidad declarada por la Corte de Justicia de la Provincia debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico vigente.

<sup>18</sup> Art. 30. Toda ordenanza, decreto u orden contrarios a esta Constitución, no tienen valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales. La inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Superior de Justicia, en ejercicio de su jurisdicción originaria, produce la caducidad de la ley, ordenanza, decreto u orden en la parte afectada por aquella declaración.

<sup>19</sup> Art. 208. 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 adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo.

<sup>20</sup> LGA n° 25.675, art. 33 establece: “La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos *erga omnes* a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente por cuestiones probatorias”. En ese supuesto, cualquier miembro del grupo puede promover un nuevo proceso con fundamento probatorio en la prueba antes omitida.

<sup>21</sup> Ley n° 24.240, art. 54: “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”.

divisible, los jueces se limitarán a desaplicar, *incidenter tantum*, el acto ilegítimo en el curso de un concreto litigio<sup>22</sup>. En cambio, si el debate constitucional tiene lugar en conflictos colectivos (tanto sobre bienes colectivos, como respecto de intereses individuales homogéneos que producen efectos regulatorios generales) la sentencia extenderá sus efectos de acuerdo con las disposiciones vigentes que regulen la materia (si los hubiere, vgr. Leyes n° 25.675 y n° 24.240) y/o conteste con la interpretación brindada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo “Halabi” del 2009<sup>23</sup>.

Se trataba aquel de un amparo iniciado por un particular (abogado) en el que se declaró la inconstitucionalidad de la Ley n° 25.873 y su decreto reglamentario. El pronunciamiento produjo efectos colectivos, alcanzando a todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, en aras de tutelar sus derechos a la privacidad y a la intimidad, por ser común la causa de la afectación invocada<sup>24</sup>.

Quizás en el sonado fallo “Verbitsky” de mayo del 2005<sup>25</sup> (que, además, importó la creación pretoriana del *habeas corpus* correctivo pluri-individual) pudiera haberse hallado latente igual semilla. Recuérdese que allí se allegaron elementos probatorios, que denotaban superpoblación carcelaria, tratamiento indigno a los sujetos privados de su libertad, la circunstancia que el 75% de los detenidos en la provincia de Buenos Aires eran presos “sin condena” y la situación de precariedad y desamparo en la que se encontraban menores y enfermos en las comisarías. La Corte si bien no se pronunció sobre la inconstitucionalidad de las normas en tela de juicio, exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo provinciales a su cambio.

Coinciden ambos precedentes en el hecho que, pese a haberse invocado afectados derechos individuales, la solución del caso se entendió indivisible para una pluralidad de sujetos indeterminados.

### **3. Las sentencias constitucionales “exhortativas”**

En estos fallos, que han sido catalogados como una variante dentro de las sentencias “atípicas” o “manipulativas” (este término utilizado en su acepción neutra, como “maniobrar” u “operar”) el órgano de la jurisdicción constitucional, frente a una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional, encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución, pudiendo dar pautas sobre el contenido del nuevo precepto.

<sup>22</sup> Sbdar, Claudia B. Eficacia de las sentencias constitucionales. *Diario La Ley* del 2/2/2011.

<sup>23</sup> Fallos, 332, p. 128.

<sup>24</sup> Lorenzetti, Ricardo L. (2010). *Justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 177.

Debe aclararse al lector, que excede largamente el propósito de este apartado el abordaje en profundidad de esta temática tan novedosa y controversial<sup>26</sup>, sino que pretenden esbozarse sus contornos para justificar el postulado central del análisis: el control indirecto de constitucionalidad.

A favor de las sentencias exhortativas, se ha dicho que en principio no invaden ni condicionan la órbita de la libertad de configuración normativa del legislador porque solamente contienen indicaciones, sugerencias, recomendaciones o propuestas para él. En la medida que solo señale el defecto del cual adolece la norma y se aconsejen los medios para su reversión, no se alteraría el marco de las competencias específicas del Poder Legislativo. La potencialidad de conflicto o quiebre de la división de funciones se vuelve mas evidente cuando las sentencias contienen plazos para llevar adelante tal adaptación normativa<sup>27</sup>.

Dicho lo anterior, y aunque no ha sido la única de su especie, tomaremos como ejemplo el pronunciamiento en "Badaro"<sup>28</sup> (2008). Allí se declaró la inconstitucionalidad del artículo 7 inc. 2 de la Ley n° 24.463, condenándose al ajuste del haber previsional del actor según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general elaborado por el INDEC.

En un apartado especial, la Corte exhortó al Congreso a que dicte una ley que regule las pautas que garanticen la movilidad de los haberes jubilatorios conforme la previsión del art. 14 bis de la Constitución Nacional, en el entendimiento que el establecimiento de pautas de aplicación permanentes a tales efectos, no solo contribuiría a dar mayor seguridad jurídica sino que a la vez reduciría drásticamente la litigiosidad.

Producto de dicho requerimiento fue la Ley n° 26.417, sancionada el 1° de octubre de 2008.

Baste señalar que la sentencia exhortativa ha desembarcado en el país en su opinable variante de constitucionalidad "precaria" (donde la Corte ha indicado la apariencia de norma inconstitucional, sin declararla con rigurosidad). Empero, su mérito radica en la loable muestra de un mayor activismo judicial por parte de la Corte que generó el dictado de estos pronunciamientos especiales, en materias donde se han advertidos comprometidos altos intereses de

---

<sup>25</sup> Fallos, 328, p. 1147.

<sup>26</sup> A tal fin, se aconseja la lectura de Olano García, Hernán; "Clases de sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano" en Rev. El Derecho, suplemento de derecho constitucional del 1/2/2005.

<sup>27</sup> Gozáini, Osvaldo Alfredo. Las sentencias que legislan. *Diario La Ley*, 227 del 30/11/2010.

<sup>28</sup> Fallos, 330, p. 486.



la comunidad (p. ej: medioambiente –caso “Mendoza”–; derechos del consumidor –caso “Halabi”–) induciendo a la sanción de nuevos textos legales –sea para reemplazar o integrar el preexistente– y así concretar el desarrollo adecuado del derecho constitucionalmente reconocido<sup>29</sup>.

Compartimos el pensamiento de Sagüés<sup>30</sup>, cuando expone que se presenta una suerte de control preventivo de constitucionalidad *sui generis* (respecto de la norma a dictarse en el futuro, y además del control reparador sobre la norma vigente, cuya constitucionalidad se pone en duda o se descarta).

Cuando este tipo de fiscalización no esta incorporado de modo explícito en el ordenamiento vigente –como ocurre a nivel nacional en Argentina–, solo es admisible a la luz de un derecho consuetudinario erigido por la magistratura constitucional, que de esta manera y según las circunstancias podría llegar a ampliar sus competencias constitucionales originales.

### III. Conclusión

Se ha tratado de plasmar renglones arriba, lo que podría llamarse un nuevo paradigma en lo que concierne al control de constitucionalidad.

El apotegma que ceñía la solución al caso y a los justiciables, se encuentra en una fase evolutiva, de lento cambio.

Hoy, los límites de la cosa juzgada pueden perfectamente ser extendidos, al punto de alcanzar directamente sus beneficios a personas que no han tenido intervención procesal (caso del amparo del art. 43 CN y las acciones colectivas).

A su vez, por la doctrina del sometimiento a los fallos de la Corte, la solución proporcionada en un caso constitucional, puede trasvasar el conflicto individual para dejar su impronta en todos aquellos pleitos entre particulares donde se reedite la misma problemática.

Finalmente, la incursión en la modalidad de las sentencias apelativas no pretende transformar a los magistrados en “legisladores negativos”, ni se avizora pudiera hacer peligrar la voluntad de las mayorías. En palabras del Dr. Lorenzetti: “...el Poder Judicial, siendo contramayoritario, debe señalar límites pero no pretender hacer una política que sustituya a los demás poderes...”<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Sagüés, Néstor Pedro. La sentencias constitucionales exhortativas (apelativas o con aviso) y su recepción en Argentina. *Diario La Ley* 2005–F, p. 1461.

<sup>30</sup> Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”) y su recepción en Argentina *Diario La Ley*–F, p. 1461.

<sup>31</sup> Lorenzetti, Ricardo L. La decisión judicial en casos constitucionales. *Diario La Ley* del 1/11/2010.

Será más propio, acaso, hablar de un diálogo entre los poderes del Estado, de un devenir fluido, en el cual las decisiones de uno y otro, circulen, interactúen y el resultado final no sea sino una mixtura beneficiosa para la comunidad entera.

Sería hora de que así fuera. No es otra la exigencia republicana que demandan los tiempos que corren.