

SOBRE LOS ALCANCES DE LAS SENTENCIAS DECLARATIVAS DE INCONSTITUCIONALIDAD NORMATIVA *

Por Sebastián D. Toledo

Introducción

En este trabajo se analizarán algunos aspectos de las potestades de los jueces en lo que refiere al alcance de declaración de invalidez de normas jurídicas.

El problema de investigación refiere a si, en el ordenamiento jurídico argentino, los jueces tienen la potestad de declarar la invalidez con efecto general (o derogatorio) de una norma o de una fuente jurídica.

Inspirado en el sistema norteamericano, el ordenamiento jurídico argentino otorga a los jueces de todas las instancias la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica aplicable al caso en el que entienden, de forma tal que ésta última no se aplicará *inter partes*, al menos en los puntos en los que resulta contraria a la inteligencia constitucional. Dicha declaración de inconstitucionalidad tiene efectos que se circunscriben exclusivamente al caso concreto.

Se intentará dilucidar si los tribunales tienen la facultad de declarar con efectos *erga omnes* la invalidez de una norma jurídica. Esto en el marco de lo que se ha considerado doctrinaria y jurisprudencialmente como “la esencia del poder judicial”¹, cual es el control de constitucionalidad de las normas.

Las consecuencias de la respuesta que se dé a este interrogante habrán de revestir un punto definitorio de la concepción que se tenga de la organización política del gobierno estatal argentino, en particular en lo atinente a la interpretación de lo republicana de la forma de gobierno que, para la Nación Argentina, adopta el primer artículo de su Constitución.

Se anticipa que la respuesta al interrogante planteado es negativa, pese a que la misma parecería *prima facie* ser contradicha por una reciente decisión del máximo tribunal de justicia argentino.

En este contexto, se tendrá como hipótesis de este trabajo² que los alcances de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad se limitan exclusivamente al caso concreto.

* Contribución presentada en el Curso de Posgrado en Doctorado “Categorías básicas de las Teorías Jurídicas”, dictado por el Dr. Roberto Vernengo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, segundo cuatrimestre de 2003.

¹ Suprema Corte de los EEUU, “Marbury v. Madison”, 5 U.S. 137 (1803).

² Se entiende por *hipótesis de trabajo* a una “Suposición ... que se establece provisionalmente como base de una investigación que puede confirmar o negar la validez de aquella.” (R.A.E., Diccionario de la lengua española, 22ª Edición).

Marco teórico

Toda vez que a lo largo de este trabajo se utilizarán categorías básicas de la teoría jurídica que podrían resultar ambiguas, resulta conveniente definirlos *ab initio*, a efectos de evitar confusiones interpretativas.

De suyo, como toda definición, las enunciadas resultan subjetivas y, por tanto, no pretenden ser únicas o superadoras. Se busca, no obstante, mantener el rigor científico y la calidad de las fuentes utilizadas.

Existencia

Se ha de entender la existencia de una norma cuando ésta ha sido creada de conformidad a *algunas* de las normas que regulan su creación³. No se exige, para que una norma exista que se cumplieren todos los requisitos sobre producción normativa, sino meramente que la norma haya sido creada por una autoridad que *prima facie* aparezca competente para dictarla, sólo que se cumplieren requisitos “cruciales”⁴.

La mera existencia de una norma, como se verá, conlleva efectos jurídicos relevantes, tales como la obligación de los tribunales de aplicarla, a menos que se declare expresamente su inexistencia en el marco de una causa judicial.

Se considera inexistente a una norma cuando resulta patente que ésta fue creada por un sujeto privado de cualquier competencia normativa para producir ese tipo específico de fuente normativa. Sería el caso, por ejemplo, en que un juez pretendiera dictar una ley, atribución constitucional exclusiva del Congreso Nacional.

Validez

La propiedad de validez de una norma jurídica refiere al cumplimiento por parte del órgano del cual emana para actuar dentro de las atribuciones delegadas por un órgano superior⁵. En este sentido, se considera que una norma es válida cuando hubiera sido creada de conformidad “con *todas* las normas que disciplinan su creación”⁶, es decir, cuando tenga lugar la regularidad de la creación normativa. Esto presupone la pertenencia de la norma al sistema jurídico y la existencia de normas que, también dentro del sistema, cumplen la función de regulación de la producción jurídica⁷.

Debe diferenciarse, asimismo, entre los conceptos de existencia y validez normativas: mientras la existencia de una norma requiere meramente que la norma haya sido creada por una autoridad que *prima facie* aparezca competente para dictarla, la validez, como se explicó *supra*, requiere la conformidad con *todas* las normas que regulan la producción jurídica.

³ GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 320.

⁴ GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 323.

⁵ Ver VERNENGO, ROBERTO, *Curso de Teoría General del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 306.

⁶ Ver GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 320. Ver, del mismo autor, “Rules Validity and Statutory Construction” en *Italian Studies in Law: A Review of Legal Problems* N° 11, Italian Association of Compared Law, 1992: 229-247 (citado por ORUNESU, CLAUDINA; RODRÍGUEZ, JORGE y SUCAR, GERMAN, “Inconstitucionalidad y derogación”, Revista *Discusiones* N° 2, 2001, p.23) y PÉREZ TREVIÑO, JOSÉ, “Validez, aplicabilidad y nulidad. un análisis comparativo de la teoría del derecho y la dogmática jurídica”, Revista *Doxa* N° 22.

⁷ Ver CARACCILO, RICARDO, “Existencia de normas”, Revista *Isonomía* N° 7, 1997, p. 162 y BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres Ed., Valencia, 1980, pp. 368 y ss.

Los alcances de la jurisdicción constitucional argentina

La supremacía jerárquica de la constitución dentro del sistema jurídico argentino establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional devendría una mera abstracción si no se contara con algún mecanismo que permita hacer valer dicha supremacía en caso de colisión con cualquier norma de rango inferior. Esta colisión entre norma inferior y constitución, como se ve, no se trata sino de un caso particular de invalidez: la invalidez constitucional o inconstitucionalidad.

Una norma que resultara inválida por violentar formal o materialmente las disposiciones de la constitución –o de aquellas normas que, de jerarquía infraconstitucional, resultan jerárquicamente superiores a la norma en crisis (circunstancia que, indirectamente, también contraría a la Constitución Nacional por violentar la estructura jerárquico-normativa dispuesta por ésta en su art. 31)– gozará plenamente de efectos, a menos que sea su invalidez declarada en instancia judicial. Es dable señalar, por tanto, que la norma inconstitucional se reputará existente.

El control de constitucionalidad (validez constitucional) de las normas por los jueces, la jurisdicción constitucional, constituye una de las más fundamentales garantías del sistema constitucional. En este sentido, Kelsen señala que “la función esencial de la Constitución, en el sentido material de la palabra, consiste en determina la creación de normas jurídicas generales, esto es, en determinar los órganos y el procedimiento de la legislación, así como, hasta cierto grado, el contenido de las leyes futuras. De esta manera surge el problema de asegurar la observancia de esas prescripciones constitucionales y garantizar la constitucionalidad de las leyes”⁸.

Así, en el celebrado fallo “Marbury c/ Madison”, la Corte Suprema de los Estados Unidos, fundada en los principios de supremacía constitucional y republicano, sentó las bases de lo que luego se conocería como “control de constitucionalidad” de las normas por parte de los jueces⁹ razonando que, si la Constitución es jerárquicamente superior e inmodificable por los poderes constituidos, los tribunales debían abstenerse de aplicar proposiciones normativas que contrariaren a aquella, sencillamente porque “*el acto legislativo contrario a la Constitución no es ley*”. Siguiendo los pasos estadounidenses, nuestro país también ha adoptado el control judicial de constitucionalidad por la vía pretoriana, reconociéndose como piedra basal de esta tendencia el fallo “Procurador Municipal c/Doña Isabel A. de Elortondo s/expropiación”¹⁰,

⁸ KELSEN, HANS, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1958, p. 280.

⁹ “It is a proposition too plain to be contested that the Constitution controls any legislative act repugnant to it, or that the Legislature may alter the Constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable.” (Suprema Corte de los EEUU, “Marbury v. Madison”, 5 U.S. 137 (1803).

¹⁰ “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, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.” (CSJN, *Fallos* 33:162).

En este sentido, Bidart Campos explica que “El principio de supremacía llega a la conclusión de que las normas y los actos infractorios de la constitución no valen, o lo que es lo mismo, que son inconstitucionales o anticonstitucionales ... El control judicial de constitucionalidad, y la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma o un acto, es un deber (u obligación) que implícitamente impone la constitución formal a todos los tribunales del poder judicial cuando ejercen su función de administrar justicia, o cuando deben cumplir dicha norma o dicho acto”¹¹.

En teoría constitucional se distingue entre distintos sistemas de control de constitucionalidad según el órgano que toma a su cargo el control, las vías procesales mediante las cuales puede provocarse el control constitucional de tipo jurisdiccional, el sujeto legitimado a provocar el control y los efectos del control. El control constitucional de nuestro país es distinguido doctrinariamente como: (i) *jurisdiccional difuso* (es pasible de ser llevado a cabo por todos los jueces); (ii) tradicionalmente se consideraba provocable solamente por *vía indirecta* (excepción), aunque se ha comenzado a reconocer la posibilidad de la utilización de la *vía directa* en determinadas circunstancias; (iii) provocable exclusivamente por el *titular actual* de un “derecho” que se argumenta ofendido, así como para quien tiene un *interés legítimo*; (iv) de efectos limitados al caso concreto¹².

Debe hacerse especial hincapié en este punto en lo que refiere a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema difuso de control de constitucionalidad argentino. Sin duda, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad estarán ligados, en cada ordenamiento jurídico, con la forma adoptada en función del número de tribunales habilitados para emitir pronunciamientos de inconstitucionalidad (distinción entre sistemas de control concentrado y difuso).

En los sistemas de control *concentrado*, la declaración de inconstitucionalidad tomada por la Corte Constitucional tiene un efecto general *erga omnes* (o *extra partes*)—consecuentemente, la provisión inconstitucional es tenida a todo efecto por nula, por tanto definitivamente excluida de ser aplicada tanto por los jueces como por la administración pública¹³.

En un sistema de control de constitucionalidad difuso, la declaración de inconstitucionalidad, tomable por cualquier juez, carece de efectos generales, resultando sus efectos limitados *inter partes*. Esto, toda vez que la norma declarada inconstitucional no es aplicada por el juez que así lo declaró, se declara la “nulidad para el caso particular” (con efectos *ex tunc*), pero no es definitivamente excluida del ordenamiento legal, conservando la norma plena validez *extra partes*.

¹¹ BIDART CAMPOS, GERMAN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, T. I, Buenos Aires, 1995, pp. 138/139.

¹² No obstante, señala Bidart Campos, por vía de hipótesis, que, a su entender, no existe “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 éstas ... Con ley expresa, las referidas sentencias de la Corte quedan habilitadas constitucionalmente para producir la pérdida de vigencia normológica de las normas generales cuya inconstitucionalidad se declaran con el efecto general previsto en la ley” (BIDART CAMPOS, GERMAN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, T. I, Buenos Aires, 1995, p. 179). No existe, por cierto, en el ordenamiento legislativo argentino, por cierto, norma alguna que en forma expresa atribuya alcances ajenos a los *inter partes* a las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad normativa.

¹³ GUASTINI, RICCARDO, “Implementing the Rule of Law”, *Revista Analisi e diritto* - 2001, p. 99. Ver también, BACHOF, OTTO, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”, en *Boletín mexicano de derecho comparado* N°57 – 1986, pp.841/2.

Con asiento en el reconocimiento de la presunción de constitucionalidad –*iuris tantum*– de todos los actos estatales¹⁴, la estructura de la jurisdicción constitucional argentina, ha tomado para sí el sistema difuso de control de constitucionalidad, de forma tal que –no existiendo un fuero específico a cargo de la jurisdicción constitucional– cualquier juez de cualquier instancia y fuero podrá declarar para el caso particular en el que entiende la repugnancia de una o varias normas a la Constitución Nacional, de forma tal que las mismas no se aplicarán al caso sometido a juzgamiento en virtud del principio de supremacía de la Constitución.¹⁵

La limitación de los efectos de la declaración judicial de inconstitucionalidad al caso concreto responde al principio republicano que para la República Argentina adopta el art. 1 de la Constitución, toda vez que, de contar los jueces con la facultad de quitar todo efecto a una norma emanada por cualquiera de los otros poderes del Estado, aparecería el Poder Judicial sustituyendo al poder que hubiera dictado la norma de marras, alterándose los esquemas representativo y de división de poderes que los constituyentes previeron para el Estado argentino.¹⁶

En este sentido, Alberdi señaló que “No hay punto que en cierto modo no esté regido por la Constitución. Los puntos de que hablan estas palabras, son los regidos inmediatamente por la Constitución, sin intermedio de otra ley orgánica; esos puntos son los relativos a las leyes mismas, es decir, a la constitucionalidad de las leyes; a saber y decidir si una ley en cuestión es o no conforme a la Constitución... La Corte suprema declara inconstitucionales a las leyes que lo son. No las deroga, porque no tiene el poder de legislar: derogar es legislar. Declarada inconstitucional la ley, sigue siendo ley hasta que el Congreso la deroga.”¹⁷

El control de constitucionalidad argentino, entonces, –a diferencia de lo que ocurre en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad– limita sus efectos al caso en el cual se ejerce. Desde la clásica regla sentada por la *Supreme Court* en “*Marbury v.*

¹⁴ Ver FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, “Reflexiones y perspectivas en torno del control judicial de constitucionalidad en el régimen federal de la Argentina”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N°4 – 2000, p.101.

¹⁵ No debe ignorarse, por otro lado, que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma por parte de la Corte Suprema habrá de tener “de hecho” algún tipo de influencia en decisiones jurisdiccionales análogas posteriores ya que “Si bien es cierto que no cabe atribuir efecto *erga omnes* a ninguna resolución judicial, cabe reputarse que del examen de la jurisprudencia de la C.S.J.N. emana que sus fallos tienen un importantísimo valor jurídico-institucional como precedente ... los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (doctrina registrada en Fallos: 25:364)...” (FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Ediar, 2001, 236). Esta observación no afecta, por cierto, lo que aquí se sostiene: los alcances jurídicos de la declaración de inconstitucionalidad normativa por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no invalida *ipso iure* a la norma impugnada, gozando ésta de perfecta validez fuera del caso en que tal decisión fue recaída.

¹⁶ Con relación a interacción entre los alcances de la declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad y el esquema republicano de equilibrio entre los poderes del Estado, Linares Quintana señala que “Geny ha sostenido que un organismo que tuviera el poder de anular las leyes *erga omnes* no sería una jurisdicción sino un órgano político, ‘un cuerpo de control y de equilibrio político ... aunque fuera coloreado por una apariencia de jurisdicción’. En cambio, rehusar a aplicar la norma considerada inconstitucional al caso juzgado, no comporta suspender ni impedir la ejecución de la ley, por lo que no afectaría la separación de los poderes. En efecto, el poder de anular la ley inconstitucional sería un poder político conferido al juez y significaría una invasión de los tribunales dentro del ámbito legislativo, una subordinación del legislador al juez ... son cosas muy distintas anular en general la ley y no aplicarla al caso particular juzgado.” (LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Plus Ultra, 1976, T. I, p. 598).

¹⁷ ALBERDI, JUAN B., *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su constitución de 1853*, cap. III.

Madison” un tribunal, al declarar la inconstitucionalidad de una norma, simplemente le niega fuerza legal en la controversia traída ante sus estrados. Con tal alcance, una decisión acerca de la constitucionalidad de una norma afecta únicamente a las partes y no es un juicio contra la norma¹⁸.

Debe recordarse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica predicar la invalidez de la misma, y no su inexistencia. Esto significa que la norma se reconoce como perteneciente al sistema jurídico, pero que adolece de un defecto de incumplimiento de las normas reguladoras de producción jurídica. La norma jurídica declarada inconstitucional continúa perteneciendo al sistema hasta que sea eventualmente derogada¹⁹. A todo evento, podrá considerarse, con Bulygin, que la norma inconstitucional es inválida pero permanece siendo perfectamente aplicable²⁰.

Mal podría concluirse, a partir de esas consideraciones, que, por ser una de las partes el Estado Nacional, el juzgador adquiriera un poder derogatorio sobre normas de alcance general. Ese razonamiento podría llevar al absurdo de que toda acción de inconstitucionalidad contra una norma proveniente del Estado implicaría, en los hechos, su posible derogación con carácter general. Al respecto se ha afirmado que en el sistema argentino la norma inconstitucional únicamente puede ser abolida por quien la dictó: el Poder Judicial se limita a no efectivizarla en el expediente específico donde se la haya objetado por inconstitucional, y siempre que ese cuestionamiento haya sido aceptado por el tribunal del caso, pasando su pronunciamiento en autoridad de cosa juzgada. Dicho esquema tiende a preservar el principio de división de los poderes. En resumen, el efecto de la sentencia de inconstitucionalidad es relativo, *inter partes*, y no *erga omnes*²¹.

A partir de lo expuesto, puede afirmarse que, en el marco de los planos teórico y normativo, las atribuciones de los jueces de la Nación en su potestad de jurisdicción constitucional resultan de alcance estrictamente limitado al caso específico en que se ejercen. En sentido congruente con la hipótesis de trabajo propuesta, es dable proponer que resulta repugnante al esquema político e institucional diseñado por la Constitución argentina pretender extender los alcances de una declaración de inconstitucionalidad más allá de tal cota, al menos dentro del marco normativo vigente.

Contrastación de la hipótesis de trabajo

La contrastación empírica de la hipótesis de trabajo propuesta puede ser realizada observando la conducta de los tribunales en sus decisorios referidos a los alcances del ejercicio que llevan a cabo de la jurisdicción constitucional.²²

¹⁸ GUNTHER, GERALD y SULLIVAN, KATHLEEN M., *Constitutional Law*, University Casebook Series, 1997, 13th edition, pp. 26/27.

¹⁹ “la declaración de inconstitucionalidad respecto de un caso individual no altera de modo directo su pertenencia o no pertenencia al sistema” (ORUNESU, CLAUDINA; RODRÍGUEZ, JORGE y SUCAR, GERMAN, “Inconstitucionalidad y derogación”, Revista *Discusiones* N° 2, 2001, p. 47).

²⁰ Bulygin considera que la norma inconstitucional no pertenece a ningún sistema del orden jurídico (ya que la constitucionalidad no depende de una declaración jurisdiccional), pero que, hasta tanto no sea derogada resultará aplicable por los jueces (BULYGIN, EUGENIO, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, Revista *Doxa* N°9 - 1991, p. 262).

²¹ Ver SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Recurso Extraordinario*, Depalma, Bs. As., 1984, t. I, pág. 156.

²² En particular, visto lo señalado en la nota 15, en este trabajo se analizará la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con estos alcances, se observa que los preceptos que en el plano teórico se han analizado en los párrafos anteriores han sido utilizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de jurisprudencia constante y uniforme, estableciéndose desde temprana data que las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de una ley, sólo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron y no tienen efecto derogatorio genérico: “las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley, sólo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron y no tienen efecto derogatorio genérico”²³ y que “el efecto preciso en el juicio donde se declara la inconstitucionalidad de una norma, consisten en que el juez debe resolver la causa como si la norma no existiera”²⁴.

Por otro lado, reconoce la Corte Suprema la potencial afectación que sobre el equilibrio entre los poderes puede implicar la pretensión de jurisdicción constitucional con efecto derogatorio al afirmar que al expedirse un juez sobre la inconstitucionalidad de una ley, lo hace con referencia al caso concreto 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 materias de pleito, la inconstitucionalidad declarada no tiene efecto sino sobre aquellas cuya devolución fue demandada y sentenciada”²⁵.

Merece especial atención, en el marco de la uniformidad de la uniforme y constante jurisprudencia reseñada del Más Alto Tribunal argentino, lo resuelto por éste en el fallo “Fayt, Carlos Santiago c. Estado Nacional”²⁶ ya que *prima facie* parecería el tribunal extender *erga omnes* el efecto de la invalidación normativa allí decidida. Como se explicará, dicha supuesta falsación de la hipótesis de trabajo que aquí se planteó no es sino meramente aparente.

El Fallo “Fayt”

En el fallo que aquí se reseña, la Corte Suprema fue puesta a analizar la validez constitucional de la tarea del constituyente derivado que llevó a cabo la reforma de la Constitución Nacional de 1994. Esto, toda vez que el actor, un miembro de la propia Corte Suprema, instó la jurisdicción para obtener, con sustento en lo previsto por el art. 6 de la ley 24.309²⁷, la nulidad de la reforma introducida por la Convención Constituyente de 1994 al art. 86 inc. 5²⁸, del texto constitucional de 1853/60, mediante la cual se estableció una innovación para la permanencia en el cargo –entre otros– de los magistrados de la Corte Suprema una vez cumplida la edad de setenta y cinco años.

²³ CSJN, *in re* “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes”, 27/09/2001. Ver también CSJN, Fallos: 6:35; 183:76; 221:1054; 225:263; 247:700; 248:702; 255:262; 264:364; 315:276; 322:528, 322:3219; entre muchísimos otros.

²⁴ CSJN, Fallos: 202:184.

²⁵ CSJN, Fallos: 139:65.

²⁶ CSJN, 19/8/1999, LL 1999-E, 65; DJ, 2000-1-201; JA 1999-IV-613; ED, 184-984.

²⁷ “Artículo 6 - Serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2 y 3 de la presente ley de declaración.”

²⁸ Art. 99 inc. 4, del texto vigente de la Constitución Nacional.

Entendió el juez Fayt que la Convención Constituyente excedió el ámbito de la actuación fijado por el Congreso de la Nación al dictar la ley que declaró la necesidad de reforma de la Constitución Nacional (ley 24.309) alegando que la modificación introducida por el actual art. 99 inc. 4, en verdad, importó una alteración del antiguo art. 96 de la Constitución Nacional²⁹ –aspecto éste no habilitado para la reforma por los arts. 2, 3 y 4 de la ley 24.309–.

Pues bien, la ley declarativa de necesidad de reforma había previsto, sin mayores especificaciones, la “nulidad absoluta” de aquellas reformas constitucionales que el constituyente derivado realizara apartándose de los puntos cuya susceptibilidad de reforma fuera expresamente determinada por el Congreso de la Nación, en su facultad “preconstituyente”. La mencionada ley, como se ve, no previó: (i) cuál sería el órgano facultado para la determinación del eventual apartamiento del constituyente derivado de sus facultades; ni (ii) cuáles serían los efectos de la “nulidad absoluta” con que se sancionaba al fruto del mencionado apartamiento.

La mayoría de la Corte Suprema considera en el fallo que aquí se analiza que dicho Tribunal siempre estará habilitado para determinar si el ejercicio de una potestad naturaleza ha sido llevado a cabo, dentro de los límites de ésta y de acuerdo con los recaudos que le son anejos, toda vez que el quebrantamiento de algunos de los mentados requisitos o el desborde de los límites de la atribución “harían que la potestad ejercida no fuese, entonces, la de la Constitución y allí es donde la cuestión deja de ser inmune a la revisión judicial por parte del tribunal encargado –por mandato de aquélla– de preservar la supremacía de la Ley Fundamental”. Resuelve así la Corte Suprema que es ella el órgano llamado a juzgar sobre la validez de la actuación normativa del constituyente derivado, con análogos argumentos a los a los *ut supra* explicados como aquellos que dan fundamento a las potestades de control de constitucionalidad normativa, asumiendo que la prescripción nulificatoria del art. 6 de la ley de necesidad de reforma “presupone la existencia de un poder dotado de facultades suficientes para realizar el control sobre el alcance de las disposiciones y derogaciones adoptadas por la convención, que permita privar de efectos a las realizadas en infracción a los límites impuestos, el cual no puede ser otro que aquel que tiene como atribución esencial la de preservar la supremacía constitucional: el Judicial”.

La Corte Suprema se considera facultada a avocarse al caso de marras, de esta forma, motivada por su papel en la conservación de la supremacía jerárquica de la Constitución³⁰. Como se ha detallado más arriba, la custodia de dicha supremacía frente a la potencial invalidez de normas infraconstitucionales es la esencia del control de constitucionalidad. Es el propio Alto Tribunal quien aparece así legitimando su intervención en el caso razonando que, de alguna forma, el análisis que necesario para la resolución del conflicto no es sino una suerte de ejercicio del control de constitucionalidad de las normas emanadas del constituyente derivado.

Es válido concluir, entonces, que al entender de la Corte Suprema, el control de validez que realiza en el fallo que aquí se analiza respecto de la actividad de la Convención Constituyente reformadora deviene en ejercicio de la potestad judicial de controlar la constitucionalidad de las normas. No señala el Tribunal, por lo demás, salvedad alguna que permita considerar que el análisis de validez constitucional realizado en el caso

²⁹ Art. 110, del texto vigente de la Constitución Nacional.

³⁰ “la transgresión verificada en el *sub lite* determina que esta Corte deba restablecer la vigencia de la Constitución Nacional, en cumplimiento de la primera y más elevada misión que constitucionalmente le corresponde” (considerando 16).

revista mayores caracteres diferenciales con la praxis habitual del ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Luego, puesta a analizar la normativa en crisis, la Corte Suprema entiende que la Convención Constituyente hubo excedido los límites de reforma que le habían sido impuestos por el Congreso mediante la ley 24.309, por lo que, señalando que “... la transgresión verificada en el ‘sub lite’ determina que esta Corte deba restablecer la vigencia de la Constitución Nacional, en cumplimiento de la primera y más elevada misión que constitucionalmente le corresponde³¹...” declara “... la nulidad de la reforma introducida por la convención reformadora de 1994 en el art. 99 inc. 4, párrafo tercero –y en la disposición transitoria undécima– al art. 110 de la Constitución Nacional”.

En la resolución transcripta, la Corte Suprema declara en el decisorio la “nulidad” de la norma, sin mayores abundamientos sobre la significación y los alcances de esta declaración. La elección del término “nulidad” en vez del tradicional de “inconstitucionalidad” no debe sorprender mayormente, toda vez que: (i) la Corte no hizo sino aplicar la terminología adoptada por el art. 6 de la ley 24.309³²; y (ii) la inconstitucionalidad, como se ha explicado, no es sino un tipo particular de “anulabilidad”, con efectos acotados –en el ordenamiento jurídico argentino– al caso concreto donde se declara, careciendo de cualesquier efecto derogatorio de normas, siendo la nulidad –tal como la decretada en el caso en estudio–, a su vez, “sólo el grado superior de la anulabilidad”³³. No debe olvidarse, respecto a esto último, que “La autoridad llamada a aplicar la norma general, que puede retirarle su validez para un caso concreto cuando ha reconocido su irregularidad, tiene el poder de anularla –puesto que hacer desaparecer la validez de una norma y anularla son una y la misma cosa–, pero la anulación es simplemente parcial, limitada al caso concreto”³⁴.

En este sentido, señala Bidart Campos que “Nulidad e inconstitucionalidad son, para el caso, sinónimos porque, más allá de la diferencia de lenguaje, ambos vocablos que sirven para privar de validez a una normativa que, aún ingresada a la constitución suprema, no lo fue de conformidad con lo que la oportunidad había señalado el Congreso en la ley declarativa de la necesidad de reforma N°24.309”³⁵.

Lo decidido por la Corte Suprema, entonces, no debe entenderse sino como el ejercicio regular por parte de ésta de la potestad de jurisdicción constitucional, en este caso, respecto de normas dictadas por el órgano constituyente reformador. Por tal razón, pues, los efectos que cabe atribuir a dicha declaración no son sino los ya explicados respecto del control judicial de constitucionalidad: implica la inaplicabilidad de la norma

³¹ Nótese aquí que la Corte Suprema utiliza para calificar su accionar en el caso *sub examine* los mismo términos que utiliza cuando lo hace habitualmente respecto al control de constitucionalidad (ver Nota 1).

³² En lo que respecta a la elección de los sentenciantes del término “nulidad” señala Hernández que pudiera deberse a que “... pues resultaba tan o más absurdo bajo un punto de vista lógico declarar inconstitucional a la propia Constitución; o porque la ley declarativa de la necesidad de la reforma en el art. 6 se había referido a tal sanción” (HERNÁNDEZ, ANTONIO M., *El caso ‘Fayt’ y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001, p. 43).

³³ KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, p. 284. En este sentido, el mismo autor señaló que “Al acto nulo le falta de antemano el carácter de jurídico, de manera que no es necesario, para retirarle su cualidad usurpada de acto jurídico, otro acto jurídico. Por el contrario, si un nuevo acto fuera necesario se estaría en presencia no de una nulidad, sino de una anulabilidad” (KELSEN, HANS, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, UNAM, México, 2001, p.37).

³⁴ KELSEN, HANS, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, UNAM, México, 2001, p.39.

³⁵ BIDART CAMPOS, GERMAN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, T. I-a, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 529.

nulificada al caso concreto, es decir, alcances exclusivamente *inter partes*. Coincidentemente, señala Hernández al comentar este fallo que se mantiene “la plena vigencia de la doctrina y jurisprudencia tradicionales sobre el particular ... Resulta obvio decir que las dos cláusulas constitucionales mantienen toda su vigencia y que sólo pueden ser modificadas por otra Convención Constituyente”³⁶.

Es la singularidad lexicográfica de la declaración de nulidad decidida en el fallo que se estudia –ya que, tradicionalmente, la Corte Suprema declara la “inconstitucionalidad” de las normas cuando ejercita la jurisdicción constitucional– lo que lleva a algún autor a entender que ésta “tiene efecto erga omnes para todos los casos que pudieren equipararse al planteado por el recurrente en la causa que nos ocupa”³⁷. Esta consideración doctrinaria no aparece correcta toda vez que: (i) no respeta los caracteres esenciales del sistema de control de constitucionalidad argentino, limitado al caso concreto y sin efecto derogatorio de las normas, en razón del principio de la división y equilibrio de los poderes; (ii) la alteración de los principios básicos del sistema republicano (en virtud de lo que ya se ha explicado anteriormente) tiende a consolidar el “gobierno de los jueces”, incompatible de suyo con el sistema previsto por la Constitución Nacional.³⁸

La interpretación que extiende efectos *erga omnes* a la decisión del Más Alto Tribunal en ejercicio del control de constitucionalidad deviene, entonces, contraria a los principios básicos de la jurisdicción constitucional argentina; máxime, cuando nada expresa la Corte Suprema que justifique la pretensión de apartarse del criterio inveterado en la materia. En efecto, nada dice la Corte Suprema respecto a que atribuyese, apartándose de su habitual criterio, una eventual extensión *extra partes* del efecto de su decisorio; tal circunstancia debe conllevar a concluir en la aplicación de los criterios ya establecidos por el propio tribunal en sus precedentes al respecto, no resultando lógico interpretar que los sentenciantes atribuyeron –apartándose de sus precedentes– efectos singulares a su decisorio sin haberlo dejado plasmado en forma expresa (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*)³⁹.

Pues bien, resulta dable concluir, entonces, que no corresponde atribuir más que efectos *inter partes* a la declaración de nulidad de una norma decidida por la Corte en el fallo “Fayt”. Teniendo presente que esto último se corresponde con constante y uniforme jurisprudencia puede señalarse que la hipótesis de trabajo planteada no resulta falsificada por la contrastación empírica.

Conclusión

Se ha desarrollado en este trabajo la delicada situación de equilibrio que tiene lugar en torno a los límites y alcances de la jurisdicción constitucional. Se ha visto que uno de los pilares del funcionamiento del sistema republicano –la separación de poderes– reposa en los alcances que se concedan a los operadores de la jurisdicción constitucional: no

³⁶ HERNÁNDEZ, ANTONIO M., *El caso 'Fayt' y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001, p. 44.

³⁷ GARCÍA BELSUNCE, HORACIO A., “La inconstitucionalidad o nulidad de una Reforma Constitucional. Implicancias de su declaración”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales* - vol. XLV-38 - 2000, pág.175.

³⁸ Ver en similar sentido a la crítica realizada a HERNÁNDEZ, ANTONIO M., *El caso 'Fayt' y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001, p. 67.

³⁹ Ver VERNENGO, ROBERTO J., *La interpretación jurídica*, UNAM, México, 1977, pp.43/45.

debe olvidarse que, en aquellos países donde los sistemas de control de constitucionalidad es concentrado, dicha configuración es dada en el propio texto constitucional. Esto último es fácilmente explicable a la luz de la trascendencia que tiene en la configuración estatal la potestad derogatoria que, de hecho, es implicada por la posibilidad de declarar con efectos *erga omnes* la invalidez constitucional de una norma, lo que se inserta en el mecanismo de *checks and balances* diseñado por el constituyente.

Si bien el Constituyente Originario no previó en forma expresa quién detentaría el ejercicio de la potestad de jurisdicción constitucional, no puede desconocerse que, casi medio siglo después de dictado “Marbury v. Madison”, aquél previó que serían los tribunales nacionales los encargados del “conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Confederación y por los tratados con las naciones extranjeras”⁴⁰. Es dable asumir, entonces, que, teniendo presente la notable influencia del antecedente norteamericano en el argentino, es a todas luces coherente con la previsión del Constituyente Originario la asunción de la potestad de contralor de validez constitucional normativa asumido por la Corte Suprema en 1865⁴¹, así como los alcances de dicha potestad delimitados pretorianamente.

La invalidez de la norma declarada inconstitucional será reputada tal exclusivamente en el marco del caso, sin que resulte afectada la aplicabilidad de la norma fuera del mismo. La norma continúa perteneciendo formalmente al sistema jurídico, con todos los efectos que dicha pertenencia conlleva. Es este el alcance definido inveteradamente por la Corte Suprema en forma expresa a la atribución de facultades jurisdiccionales constitucionales.

En este contexto, tal como fuera explicado, la inusitada declaración de “nulidad” normativa por parte de la Corte Suprema en el fallo “Fayt” no puede ser considerada una excepción.

En primer lugar, porque si el Más Alto Tribunal hubiere pretendido otorgar eficacia *erga omnes* a su declaración de invalidez normativa, habría de haberlo dejado expresamente asentado. En efecto, siendo uniforme la jurisprudencia del Tribunal respecto a los alcances del ejercicio de jurisdicción constitucional, no resulta válido extrapolar que en el caso de marras el juzgador haya pretendido apartarse meridianamente de sus propios antecedentes, sin una fundada expresa manifestación en tal sentido.

En segundo lugar, de haber pretendido los sentenciantes extender *extra partes* los efectos de su potestad de invalidación constitucional, aparecería la Corte Suprema autoatribuyéndose facultades derogatorias de normas de alcance general. Dicha autoatribución afectaría grandemente el equilibrio entre los poderes del Estado previsto por el constituyente, lo que devendría en una severa alteración del sistema republicano y democrático argentino.

No debe olvidarse que la Constitución relaciona directamente la potestad de dictar normas de alcance general con la representatividad del órgano a tales efectos habilitado. Toda vez que los jueces –a diferencia de los miembros de los otros poderes del Estado– no son elegidos por la ciudadanía, la atribución a aquellos de potestades

⁴⁰ Constitución para la Confederación Argentina (1 de mayo de 1853), Art. 97.

⁴¹ Dicha asunción jurisprudencial se vio tácitamente confirmada con la mención expresa de la atribución a los jueces de la jurisdicción constitucional que los constituyentes derivados incluyeron en 1994 en el art. 42, primer párrafo –*in fine*– para el caso del amparo.

derogatorias de normas generales afecta así no sólo el esquema republicano de gobierno, sino las bases mismas del esquema democrático y representativo: no puede pretenderse que funcionarios que carecen institucionalmente de representatividad echen, sin más, por tierra decisiones tomadas por los ciudadanos a través de sus representantes.

En lo desarrollado, se ha explicado la coherencia de la hipótesis de trabajo en el marco de los campos teórico y normativo, toda vez que se ha derivado dicha hipótesis de premisas del sistema jurídico de referencia y sus alcances resultan coherentes con el ordenamiento jurídico constitucional; y también, por la vía del absurdo, que la pretensión lógicamente opuesta (esto es, que la declaración de inconstitucionalidad gozare de efectos *erga omnes*) resulta incoherente con dicho ordenamiento

La hipótesis de trabajo no ha sido luego de su contrastación empírica, falsificada toda vez que la jurisprudencia es uniforme en reconocer los alcances señalados como hipótesis inicial a la jurisdicción constitucional en la Argentina, no resultando falsificada por lo decidido en el fallo "Fayt", aunque *prima facie* no aparentaba ser esto último afirmable *ab initio*.

Por último, y en consonancia con lo señalado en la Introducción, debe ponerse el acento en la relevancia que el tema analizado reviste en la configuración del ámbito político-institucional y de la conformación del propio Estado constitucional argentino.

Tal como señala Fernández Segado⁴², la actual tendencia que se observa en la arquitectura constitucional comparada resulta en la atenuación de los modelos polarizados clásicos de control de constitucionalidad hacia una configuración donde se conjugan los aspectos más positivos tales modelos.

Resultaría de trascendente provecho para la reafirmación del esquema constitucional argentino un debate abierto sobre una eventual reforma al esquema de jurisdicción constitucional argentino que habría de reflejarse en una reforma constitucional, para despejar dudas sobre su validez.

Sebastián D. Toledo
DNI 25.789.027

⁴² FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, "La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI", Discurso en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 24/9/2002, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003.

Bibliografía utilizada

- ALBERDI, JUAN B., *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su constitución de 1853*
- BACHOF, OTTO, "Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política", en *Boletín mexicano de derecho comparado* N°57 – 1986
- BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1995 y 2000
- BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres Ed., Valencia, 1980
- BULYGIN, EUGENIO, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *Revista Doxa* N°9 - 1991
- CARACCILO, RICARDO, "Existencia de normas", *Revista Isonomía* N° 7, 1997
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, "La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI", Discurso en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), 24/9/2002, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, "Reflexiones y perspectivas en torno del control judicial de constitucionalidad en el régimen federal de la Argentina", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N°4 – 2000
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Ediar, 2001
- GARCÍA BELSUNCE, HORACIO A., "La inconstitucionalidad o nulidad de una Reforma Constitucional. Implicancias de su declaración", en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales* - vol. XLV-38 – 2000.
- GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999
- GUASTINI, RICCARDO, "Implementing the Rule of Law", *Revista Analisi e diritto* – 2001
- GUASTINI, RICCARDO, "Cinco observaciones sobre validez y derogación", *Revista Discusiones* N° 2, 2001
- GUNTHER, GERALD y SULLIVAN, KATHLEEN M., *Constitutional Law*, University Casebook Series, 1997, 13th edition
- HERNÁNDEZ, ANTONIO M., *El caso 'Fayt' y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001
- KELSEN, HANS, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1958
- KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979
- KELSEN, HANS, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, UNAM, México, 2001
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Plus Ultra, 1976
- ORUNESU, CLAUDINA; RODRÍGUEZ, JORGE y SUCAR, GERMAN, "Inconstitucionalidad y derogación", *Revista Discusiones* N° 2, 2001
- ORUNESU, CLAUDINA; RODRÍGUEZ, JORGE y SUCAR, GERMAN, "Reflexiones ulteriores sobre inconstitucionalidad y derogación", *Revista Discusiones* N° 2, 2001
- PÉREZ TREVIÑO, JOSÉ, "Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teoría del derecho y la dogmática jurídica", *Revista Doxa* N° 22
- SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Recurso Extraordinario*, Depalma, Bs. As., 1984
- VERNENGO, ROBERTO J., *La interpretación jurídica*, UNAM, México, 1977
- VERNENGO, ROBERTO, *Curso de Teoría General del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1995
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22^a Edición