

“LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES ATÍPICAS EN LOS PROCESOS COLECTIVOS”

MIGUEL ROBLEDO*

“...la Constitución es una ley de garantías, y lo es en cuanto prescriba las limitaciones al poder y asegure los adecuados mecanismos de control”¹

RICARDO HARO

SUMARIO: 1- Introducción. 2.- Control de Constitucionalidad. 2.1 Sistemas de Control de Constitucionalidad en el Derecho Comparado: A) Sistema político; B)- Sistema jurisdiccional, b.1) Primera variable: control difuso (“*judicial review*”), b.2) Segunda variable: control concentrado c.3) Tercera variable: control “dual o paralelo”. 2.2 Sistema de control de constitucionalidad en Argentina. A) Constitución de 1853/1860. B) Reforma constitucional de 1994. 3.- Las Sentencias Constitucionales. 3.1 Noción. 3.2 Las sentencias constitucionales atípicas. A) Modulación en función del “contenido”, a.1) Marco teórico, a.2) Jurisprudencia de la Corte: caso “*Verbitsky*”. B) Modulación en función de los “efectos personales”, b.1) Marco teórico, b.2) Jurisprudencia de la Corte: caso “*Halabi*”. 4.- Conclusiones. Bibliografía.

1.- INTRODUCCIÓN.

El “*sistema*” control de constitucionalidad argentino, de tipo jurisdiccional/difuso, comprende diversos “*procesos*” donde se persigue tutelar la supremacía constitucional, y también –en su caso- resguardar los intereses individuales que hayan sido vulnerados por la normativa inferior². Sus “*productos*”, esto es, las sentencias constitucionales, se

* Abogado. Cuadro de Honor y Egresado Sobresaliente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Univ. Nacional de Córdoba - UNC). Premio Universidad (UNC). Distinción Talentos 2007. Maestría en Derecho Procesal (Univ. Nacional de Rosario) –cursada-. Maestría en Dirección de Negocios –MBA- (UNC) –en curso-. Coordinador Académico de la Especialidad en Derecho Procesal Constitucional (Univ. Blas Pascal de Córdoba). Investigador (Univ. Católica de Córdoba y UNC-SECyT). Adscripto de Derecho Procesal Civil y Comercial y de Derecho Procesal Constitucional (UNC). Asociado Activo de la Organización Argentina de Jóvenes para las Naciones Unidas. <ab_miguelrobledo@hotmail.com>.

¹ HARO, Ricardo, “Tribunales y Salas Constitucionales en Iberoamérica”, en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 1339.

² Acerca de esta doble finalidad, señala el Profesor genovés Giancarlo Rolla: “*Si bien en el proceso constitucional se tiende a privilegiar el interés del ordenamiento respecto al de las partes, sería sin embargo incorrecto negar que detrás de la objetividad del juicio se esconde también la voluntad de tutelar los derechos concretos lesionados por el uso incorrecto por parte del legislador respecto de la discrecionalidad política. Por otro lado, la tutela del ordenamiento y la tutela de las diferentes posiciones subjetivas no son mutuamente excluyentes, sino que representan dos aspectos complementarios, en caso de que se considere que el ordenamiento es siempre más objetivo y justo,*

caracterizan por generar efectos inter-partes, y –generalmente- presentan una estructura binaria, en el sentido de que pueden ser “*estimatorias*” o “*desestimatorias*”³, según que resuelvan de modo favorable o desfavorable al planteo de inconstitucionalidad.

Sin embargo, en los últimos años, se advierte una ampliación del universo de intereses tutelables, lo cual significó una extensión de las finalidades de los procesos constitucionales, dirigidos ahora no sólo a la tutela de la supremacía constitucional y los intereses individuales, sino también a la protección de los intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos⁴ que hayan sido lesionados por la norma en cuestión. Ante este nuevo escenario jurídico corresponde plantearnos la siguiente pregunta: ***¿Las reformulaciones en la “naturaleza” de los intereses tutelados en el proceso, exigiría una mutación de las sentencias constitucionales como condición necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los mismos?***

En este trabajo sostendremos que los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus, o hábeas data (en sus modalidades colectivas), requieren sentencias constitucionales “*atípicas*”⁵ que permitan a los Tribunales la “*modulación*”⁶ de sus efectos.

Desde un punto de vista metodológico, el trabajo se estructura en dos partes. (i) *En primer lugar*, nos referiremos a los sistemas de control de constitucionalidad en el derecho comparado en general, y de Argentina en particular. (ii) *En segundo lugar*, analizaremos las sentencias constitucionales “*atípicas*”, sus fundamentos, clases y efectos. Seguidamente, nos enfocaremos en la aplicación por parte de la Corte Suprema argentina de sus diversas categorías.

cuanto más grande, intensa y directa es la defensa de los derechos.” (ROLLA, Giancarlo, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Ed. Grijley, Lima, 2008, p. 33).

³ Confr. RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional – Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, publicación de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Kipus, Cochabamba – Bolivia, 2001, p. 96; SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina”, *LL* 2005-F, 1461; NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “Consideraciones sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur”, en *Revista Ius et Praxis*, año 10, N° 1, 2004.

⁴ Sobre la clasificación de los intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos, ver MEROL, Andrea A., *Procesos Colectivos, Recepción y Problemas*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 49 y sgtes.

⁵ NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “Consideraciones sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur”, ob. cit.

⁶ RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional – Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, ob. cit., p. 97.

2.- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Como primera aproximación, podemos señalar que el control de constitucionalidad ha sido concebido como una herramienta para tutelar la “supremacía constitucional”, la cual –al decir de Ricardo Haro- implica que “...*la formación infra-constitucional debe necesariamente conjugarse –tanto en sus contenidos sustanciales como en los procedimientos de elaboración- con las normas constitucionales, como una expresión de la diferencia existente entre el objetivo y ámbito del poder constituyente y de los poderes constituidos*”⁷. En otras palabras, el control de constitucionalidad se extiende no sólo a validez “*formal*” sino también a la validez “*material*” de las normas de inferior jerarquía⁸.

2.1 SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.

En el derecho comparado existen distintos modelos o sistemas⁹ de control de constitucionalidad: “político” y “jurisdiccional” (se subdivide en “concentrado”, “difuso”, o bien, “dual o paralelo”).

A- SISTEMA POLÍTICO. Desde un punto de vista teórico, es aquel que se encomienda a un “*órgano político*”¹⁰, o a una “*entidad especial constituida sobre la base de una designación política*”¹¹. Tiene su génesis a finales del siglo XVIII en Francia, lo que se explica en función del contexto histórico y político. Luego de la Revolución Francesa de 1789 existía una gran “*desconfianza*”¹² para con los jueces en razón de su pertenencia al “*ancien regime*”. Asimismo, regía la concepción de que el Parlamento –en tanto cuerpo representativo y electivo- expresaba la “*voluntad general*”

⁷ HARO, Ricardo, *Control de Constitucionalidad*, 2da. edición, Zavallía, Buenos Aires, 2008, ps. 266/267.

⁸ Esto supone una noción amplia del control de constitucionalidad, que se aleja de la visión kelseniana que lo reducía el control de validez desde un punto de vista “formal” (Confr. ZAGREBELSKY, Gustavo, “El Juez constitucional en el siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 10, Julio diciembre 2008, ps. 249/268, en www.iidpc.org, [consulta: 20/01/2010].

⁹ Entendiéndolos –en palabras de García Belaúnde- como “...*las formas, usos, estilos o estructuras existentes para analizar, procesar y resolver los problemas que plantea la Constitución y su defensa*” (GARCIA BELAUNDE, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá (Colombia), 2001, p. 130).

¹⁰ Confr. FERNANDEZ SEGADO, “Evolución histórico y modelos de control de constitucionalidad”, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, (Coords. García Belaúnde y Fernández Segado), Ed. Dykinson, Madrid, 1997, p. 58.

¹¹ Ej. Consejo Constitucional de Francia (RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional – Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, ob. cit., p. 34).

¹² BORDALI SALAMANCA, Andrés, “La función judicial de defensa del orden constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord.), Tomo I, Publicación del Colegio de Secretarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, A.C., Ed. Porrúa, México, 2003, p. 7.

del pueblo". Como resultado de ello, el juez se limitaba a la "aplicación" la ley. En caso de duda, por vía del la figura del "réferee législatif" (1791), la cuestión era reenviada al Poder Legislativo para su "interpretación"¹³. Luego de sucesivas reformas, en 1958 se creará el Consejo Constitucional de Francia, vigente a la fecha¹⁴.

Las características centrales de este modelo residen en la actuación "a priori", (antes de la sanción de las normas), y en los "alcances generales", de las decisiones¹⁵.

B- SISTEMA JURISDICCIONAL. A diferencia del sistema concentrado, no se encomienda a órganos de naturaleza "política" sino de carácter "jurisdiccional"¹⁶.

Se parte de una premisa diferente a la anterior, esto es, la confianza en el Poder Judicial, y presenta tres variables:

B.1 PRIMERA VARIABLE: CONTROL DIFUSO ("JUDICIAL REVIEW") El control difuso¹⁷ –siguiendo a Ricardo Haro- "*...es ejercido por los jueces de cualquier fuero o instancia, si bien con una Corte o Tribunal Supremo que, como cabeza de poder, se constituye en el intérprete final de la Constitución.*"¹⁸ Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son "inter-partes".

Esta versión nace en Estados Unidos a partir del leading case "*Marbury v. Madison*" de 1803. El caso se suscita cuando el Presidente John Adams (federalista), luego de perder las elecciones y antes del cambio de gobierno, procede a nombrar diversos jueces. Entre ellos, designa a William Marbury como juez de paz del distrito de Columbia, quien a pesar de obtener el apoyo del Senado, no recibe las credenciales por parte del Secretario de Estado James Madison. Esta circunstancia motiva a Marbury

¹³ Confr. SÁCHICA, Luis Carlos, *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, Ed. Temis S.A., Bogotá, 1988, ps. 29/30; BORDALI SALAMANCA, Andrés, "La función judicial de defensa del orden constitucional", ob. cit., p. 7; FERNANDEZ SEGADO, "Evolución histórico y modelos de control de constitucionalidad", ob. cit., p. 60.

¹⁴ FERNANDEZ SEGADO, "Evolución histórico y modelos de control de constitucionalidad", ob. cit., p. 60.

¹⁵ Confr. GOZAINI, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo III – Procesos Constitucionales, Especiales y Voluntarios, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 6. En la actualidad, la última reforma del Consejo Constitucional francés posibilita el control "a posteriori" (Confr., GOZAINI, Osvaldo A., *Tratado...*, ob. cit.)

¹⁶ Según Rivera Santivañez: "Consiste en que la labor del control de constitucionalidad está encomendada a un organismo jurisdiccional, es decir, un órgano que está dotado de jurisdicción y competencia para ejercitar el control a través de procedimientos extraordinarios y especiales" (ob. cit., p. 35).

¹⁷ Señala Gozaíni que "Este modelo fue llamado "americano" o "difuso" aunque sería más preciso caracterizarlo como de revisión judicial de los actos (judicial review) para evitar regionalizar un sistema que, en realidad, no es aplicable en todo el continente." (GOZAINI, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, ob. cit., p. 8).

¹⁸ HARO, Ricardo, *Control de Constitucionalidad*, ob. cit., p. 268.

a presentar un “*writ of mandamus*” ante la Corte Suprema, con el objeto de que se obligara a Madison a la entrega de las credenciales que le permitieran acceder al cargo¹⁹. En esa oportunidad, el Chief Justice Marshall, reconoce el derecho de Marbury, y acepta también que había sido violado en el caso concreto, no obstante lo cual, considera que la vía procesal resultaba inconstitucional, dado que la *Judiciary Act* de 1789 había ampliado la competencia originaria de la Corte a supuestos no previstos por la Constitución americana²⁰. De este modo, atribuye al Poder Judicial la facultad de ejercitar el control de constitucionalidad de las normas, a pesar de no desprenderse del texto de la Constitución²¹. En particular, el precedente sienta como regla que “...*la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento*”²².

B.1 SEGUNDA VARIABLE: CONTROL CONCENTRADO: el control de constitucionalidad es monopolizado por un órgano especializado con competencias

¹⁹ Confr. FERNANDEZ SEGADO, “Evolución histórico y modelos de control de constitucionalidad”, ob. cit., p. 56.

²⁰ “*Marbury v. Madison*”, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803), en MILLER, Jonathan, GELLI, María Angélica, CAYUSO, Susana, *Constitución y Poder Político*, Tomo 1, Depalma, 1992, Buenos Aires, p. 14. Marshall se plantea tres cuestiones: “1) *¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda?*; 2) *Si lo tiene, y si ese derecho ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a esa violación?*; 3) *Si lo proveen, ¿es dicho remedio un mandamiento que corresponda a esta Corte emitir?*” Respecto de la tercera, sostiene que: “*Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza*”. Luego considera que: “*Si dos leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren*” (*Marbury v. Madison*”, ob. cit., ps. 5, 11 y 12).

²¹ TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, Volume One, 3° edition, New York Foundation Press, New York, 2000, ps. 207/208.

²² Al respecto, señala el Profesor de Harvard William Tribe “*By declaring the jurisdictional statute unconstitutional, Marshall was able to avoid a direct confrontation with Jefferson, although for an extended dictum proclaiming the illegality of Madison’s conduct and asserting the power of the judiciary to remedy lawless executive action*” (TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, ob. cit., p. 212).

específicas²³, y se manifiesta a través de los Tribunales Constitucionales. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son “*erga omnes*”²⁴.

Esta modalidad surge a principios del siglo XX en Europa, en base al pensamiento de Hans Kelsen, plasmado en la Constitución de Austria (1920), y extendiéndose luego a Checoslovaquia (1920) y España (1931).

B.3 TERCERA VARIABLE: MODELO “DUAL” O “PARALELO”: consiste en una combinación del sistema concentrado y difuso en el “mismo” ordenamiento jurídico²⁵. Se desarrolla principalmente en Perú.

2.2 SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA.

A) CONSTITUCIÓN HISTÓRICA 1853-1860. Argentina –siguiendo el modelo de Estados Unidos– adoptó el sistema “jurisdiccional-difuso” de control de constitucionalidad. Al igual que en el país del norte, la competencia del Poder Judicial para realizar el “*test*” de constitucionalidad de las normas, no surgió expresamente de la Constitución histórica 1853-1860, sino que ha sido fruto de la creación pretoriana de la Corte. Así pues, en el caso “*Municipalidad de la Capital v. Elortondo, Isabel A. s/inconstitucionalidad de la ley del 21/10/1884*” (1884), se sostuvo:

"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, comparándolos con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, 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 abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos. Tal atribución, que es, por otra parte, un derivativo forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario que hace la Constitución, y de la naturaleza esencialmente subordinada de este último, se halla especialmente consagrada por las leyes del 16 de octubre de 1862 y 14 de septiembre de 1863"²⁶.

²³ Confr. RIVERA SANTIVANÉZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional – Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, ob. cit., 35.

²⁴ En este sentido, señala Gozaíni: “...*el modelo donde opera el control de legalidad determina las posibilidades que encuentra el magistrado, pues el perímetro que dibuja el sistema difuso circunscribe la sentencia con efectos res inter alios acta, y sin extensión a terceros de la cosa juzgada; mientras que en los sistemas concentrados la generalidad potencia el interés y la res judicata adquiere efectos erga omnes* (GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006, ps. 146/147).

²⁵ Según García Belaúnde: “*El modelo dual o paralelo –puede llamársele indistintamente– es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse*”. (*Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá (Colombia), 2001, p. 133.

²⁶ CSJN, Fallos: 33:162, “*Municipalidad de la Capital v. Elortondo, Isabel A. s/inconstitucionalidad de la ley del 21/10/1884*”.

B) REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. Luego de la reforma constitucional de 1994 se reconoció expresamente la facultad del Poder Judicial de ejercitar el control de constitucionalidad (art. 43 primer párrafo²⁷ CN), y por otro lado, se introdujeron modificaciones significativas en lo referente al principio de supremacía constitucional. Uno de los ejes centrales reside en conferirle “*jerarquía constitucional*” a una serie de tratados internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN), y “*jerarquía suprallegal*” a los tratados de integración (art. 75 inc. 24 CN).

Como consecuencia de estos cambios, el ordenamiento jurídico argentino presenta un “*bloque de constitucionalidad*” constituido no sólo por las normas constitucionales sino también por los tratados internacionales de derechos humanos. Esto es importante, porque va a dar lugar a la noción de “*control de convencionalidad*” que alude al juicio de compatibilidad o incompatibilidad con las normas del sistema interamericano de derechos humanos, y donde el intérprete final será la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de su competencia consultiva.

El sistema de control de constitucionalidad argentino se caracteriza por ser: **jurisdiccional** (le corresponde al Poder Judicial), **difuso** (pueden ejercitarlo los jueces de cualquier instancia y fuero), **concreto** (exige la presencia de una “causa”), y los efectos de las sentencias son –en principio- **inter-partes**²⁸ (en Estados Unidos rige la

²⁷ Art. 43 primer párrafo: “...*En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*”.

²⁸ En la Convención Constituyente de 1994, se discutió sobre la “facultad” de los jueces de declarar la inconstitucionalidad en los procesos de amparo y sus “efectos” (aunque sin referirse expresamente a los supuestos regulados en el segundo párrafo del art. 43, acerca del amparo colectivo). Sostuvo el **Convencional Quiroga Lavié**: “...*siguiendo el sistema americano, en la Argentina la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos entre las partes (...) siguiendo el sistema americano prohibimos el efecto erga omnes, porque los jueces no pueden sustituir el poder legislativo de los representantes del pueblo...*” (*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994*, 30° Reunión, 3° Sesión Ordinaria, p. 4124, www.1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm consulta: 20/01/2010). Posteriormente, el **Convencional Aguad** se pronunció en contra de atribuir la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las normas en el marco de los procesos de amparo, señalando que “...*estamos yendo demasiado lejos al atribuirle estas facultades tan importantes a jueces sin las seguridades del juicio contradictorio, sin escuchar a las partes en el proceso e, incluso, el fiscal –por cuanto las normas presumen su inconstitucionalidad- pueden derogar, y permítaseme emplear este término, las normas que han sido dictadas por el Poder Legislativo de la Nación (...)* No hace falta declarar la inconstitucionalidad de la ley para poner en vigencia el derecho que pueda haberse violado” (*Diario de Sesiones*, ob. cit., p. 4127). A modo de réplica, la **Convencional Carrió** sostuvo que “*La declaración de inconstitucionalidad del sistema jurisdiccional difuso –para este caso concreto- no implica la derogación de la norma sino que es una justificación del juez para apartarse de la aplicación de esa norma, que estima inconstitucional y que funda el acto lesivo*”. (*Diario de Sesiones*, ob. cit., p. 4149).

regla del “*stare decisis*”²⁹, en cuya virtud los jueces están obligados por los fallos anteriores, de esta manera se resguarda la uniformidad jurisprudencial, y por ende, la seguridad jurídica; en Argentina sólo existe una suerte de “*deber moral*” de seguimiento de los fallos de la Corte, salvo que los tribunales inferiores se funden en “*razones no resueltas o no examinadas*”³⁰).

3.- SENTENCIAS CONSTITUCIONALES “ATÍPICAS”

Luego de haber delineado los aspectos generales del “sistema” de control de constitucionalidad, nos ocuparemos de uno de sus “productos” posibles: las sentencias constitucionales “atípicas”, lo cual presupone lógicamente la existencia de sentencias constitucionales “típicas”.

3.1 NOCIÓN

¿Cuándo estamos frente a una sentencia constitucional? Señala García Belaúnde que todas las sentencias (incluso las civiles) podrían ser calificadas de constitucionales en tanto presentan un fundamento último en la Constitución³¹. Sin embargo, resulta necesario precisar el concepto. En este sentido, nos plantea Gozaíni que la doctrina suele partir de distintos criterios: a) según el “órgano” que la dicte (ej. Tribunal Constitucional), b) según el “proceso” del que emane (ej. amparo, hábeas corpus, hábeas data), o bien, c) según la “materia” sobre la cual verse. Coincidimos con el autor referenciado en el criterio material, es decir, “...cuando el conflicto resuelto verse sobre “*cuestiones fundamentales*”, siempre y cuando sean controversias normativas, antes que dilemas de hechos o actos lesivos específicos...”³².

²⁹ En este sentido, sostiene Serra Sad: “...el principio “*stare decisis*”, al traer como consecuencia una (cierta) unidad de criterio jurisprudencial, permite que el control difuso no redunde en perjuicio de la seguridad jurídica, al uniformar los criterios colectivos de la judicatura conforme a las decisiones de una instancia superior (Tribunal Supremo). El principio postula, en efecto (y no sólo en lo que se refiere al control de constitucionalidad), que los jueces se hallan obligados a seguir los criterios dimanantes de sus propias decisiones, y más precisamente dentro de la jerarquía de los tribunales, los principios derivados de las decisiones de los tribunales inferiores. Ello supone que los criterios del tribunal supremo vinculan, como norma general, a los tribunales de rango inferior, que deben atenerse a ellos” (SERRA SAD, María Mercedes, *Procesos y Recursos Constitucionales*, Ed. Depalma, 1992, p. 26).

³⁰ SAGUES, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, Estudios de Derecho Procesal IV – Julio B. J. Maier (Director), Ad Hoc, Konrad –Adenauer- Stiftung, Buenos Aires, 2006, ps. 277/278.

³¹ GARCIA BELAUNDE, Domingo, *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Ed. Porrúa, México, 2008. p. 277.

³² GOZAINI, Osvaldo A., “No existe eficacia erga omnes en las sentencias constitucionales”, en XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 8 al 10 de noviembre de 2007, Mar del Plata, Ponencias

Consideramos por sentencias constitucionales “típicas”, aquellas que produzcan los efectos propios del sistema de control de constitucionalidad del que emanen, en nuestro caso particular, el modelo jurisdiccional-difuso³³. De ahí se sigue que la noción de “tipicidad” es relativa, y variará según el sistema de control de constitucionalidad de que se trate.

3.2 LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES “ATÍPICAS”

Los procesos constitucionales de amparo³⁴, hábeas corpus³⁵ y hábeas data³⁶ (en su modalidades colectivas), en razón de la “naturaleza” de los intereses en juego, y de la “extrema complejidad”³⁷ que involucran, requieren una “tutela diferenciada”³⁸, particularmente en lo que se refiere a las “legitimaciones extraordinarias” y el “régimen específico de la cosa juzgada”³⁹.

Generales Relatos Generales y Trabajos seleccionados, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, ps. 10 y 11, 2007, p. 673).

³³ Es importante dejar a salvo que en nuestro sistema federal de gobierno, donde coexisten la Nación y las Provincias, y, por lo tanto un régimen procesal nacional y otro provincial, es factible –y de hecho se produce– que las provincias atribuyan efectos diferentes en materia del control de constitucionalidad. Razón por la cual, en este trabajo nuestro universo de análisis se encuentra delimitado al ámbito nacional.

³⁴ Sobre amparo colectivo, ver: CSJN, Fallos: 329:2316, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, 20/06/2006); CSJN, “Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dt. 1563/04”, 24/02/2009, entre otros

³⁵ Sobre hábeas corpus colectivo, ver: CSJN, “Mignone, Emilio F.”, 09/04/2002, LL 2002-C, 377; CSJN, Fallos: 328:1146, “Verbitsky, Horacio”, 03/05/05, entre otros.

³⁶ Sobre hábeas data colectivo, ver: CNCom. Sala “E”, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Citibank NA”, 12/05/06, disponible en www.ojodelciudadano.org.ar [consulta: 20/01/2010], entre otros.

³⁷ GARGARELLA, Roberto, “Sagüés, N. vs. Verbitsky, H., sobre sentencias exhortativas”, en www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella_vs_sagues.pdf, [consulta: 20/01/2010].

³⁸ Según Berizonce, “Las tutelas diferenciadas se configuran a través de diversas técnicas, sean orgánico-funcionales o procesales, que en su conjunto, y a menudo acumuladas, sirven a la efectivización en concreto de los derechos privilegiados” (BERIZONCE, Roberto O., “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, en *Revista de Derecho Procesal – Tutelas procesales diferenciadas*, I, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2008, p. 40). Según el autor referenciado: “Mediante la utilización de las técnicas orgánico-funcionales y procesales, en definitiva, se persigue como objetivo central asegurar en concreto la tutela de los derechos de linaje preferencial, fundamentales en el escrutinio de la Constitución. Se enfatizan a tales fines, entre otros, los postulados de accesibilidad para todo al sistema judicial, sin trabas ni cortapisas, simplificación de los trámites, aceleración de los tiempos del reconocimiento del derecho en lapso razonable, búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva (“primacía de la realidad”) consagración en fin del derecho material, cuyo reconocimiento y efectividad no puede frustrarse por razones puramente formales (instrumentalización y condena del excesivo rigor formal). (BERIZONCE, Roberto O., “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, ob. cit., p. 42).

³⁹ BERIZONCE, Roberto O., “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, ob. cit., p. 41.

Así pues, estos procesos requieren sentencias constitucionales “atípicas”. En este sentido, proponemos una noción de atipicidad de las sentencias constitucionales en un sentido más amplio que al postulado por un sector de la doctrina⁴⁰. Para ello, tomaremos como punto de partida el concepto de Rivera Santibañez, acerca de las “*modulación de las sentencias*”⁴¹. El constitucionalista mencionado nos habla de la posibilidad de modular las sentencias en función de tres criterios: a) según el contenido de la decisión, b) los efectos personales y c) los efectos temporales⁴². Nosotros proponemos utilizar sólo los dos primeros, de manera tal que consideramos a la atipicidad en función de la modulación de la sentencia según el “contenido” y los “efectos personales”.

Cabe efectuar tres precisiones: 1) Los dos elementos que conforman nuestra noción de “atipicidad” de las sentencias constitucionales, se justifican en función de la naturaleza de intereses en juego, por lo tanto, no serían plenamente aplicables a procesos donde se tutelen intereses meramente individuales. 2) Los dos elementos no tienen el mismo grado. Creemos que la modulación de los efectos personales, estaría presente (y en tanto no haya una legislación específica sobre los efectos de los procesos colectivos) en los procesos donde se ventilen intereses *supraindividuales* o *pluriindividuales*, dado que la extensión de los efectos de la cosa juzgada es congruente con la ampliación de la legitimación. Por otro lado, la modulación de los efectos de acuerdo al contenido, no necesariamente será la respuesta más razonable a todos los procesos colectivos, habrá que estar –en definitiva- al caso concreto. 3) Excluimos el tercer elemento (referido a los efectos temporales) por cuanto la posibilidad de dictar sentencias con efectos retroactivos, podría –de alguna manera- conculcar los derechos adquiridos, y comprometer así la seguridad jurídica. Esta afirmación no debe ser interpretada “*a contrario sensu*”, en el sentido de que los restantes elementos no son susceptibles de alterar derechos constitucionales. Todo lo contrario, un ejercicio irrazonable de los mismos podría conducir a un camino semejante. Sin embargo, creemos que la modulación de la sentencia –en estos planos- permite fortalecer los

⁴⁰ NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “Consideraciones sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur”, ob. cit.

⁴¹ RIVERA SANTIBAÑEZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional – Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, ob. cit., p. 97.

⁴² Confr. RIVERA SANTIBAÑEZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional – Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, ob. cit., p. 95.

intereses de determinada naturaleza (difusos, colectivos e individuales homogéneos), aunque está sujeta a “límites” de tipo “jurídicos” (representado por los derechos de raigambre constitucional, y particularmente el debido proceso), y también de carácter “políticos” (que se plasma en el principio de división de poderes).

A) MODULACIÓN DE LA SENTENCIA CON RESPECTO AL “CONTENIDO”

A.1) MARCO TEÓRICO

Tradicionalmente, se distinguen dos clases de sentencias constitucionales: “*estimatorias*” (resuelven a favor de la inconstitucionalidad de la norma), o “*desestimatorias*” (rechazan el planteo de inconstitucionalidad)⁴³.

En los últimos años, se observan “*sentencias constitucionales atípicas*”, que se apartan de esta estructura binaria, modulando las sentencias desde el punto de vista del contenido de lo que se decide. Para justificarlas y legitimarlas, Nogueira Alcalá considera que es preciso diferenciar –en el proceso de interpretación– entre el objeto (“*preceptos jurídicos*”) y sus resultados (“*proposiciones jurídicas*”), siendo esta distinción relevante por cuanto el control de constitucionalidad recae más en las “proposiciones jurídicas” que en los “preceptos jurídicos”⁴⁴.

A su favor se han esgrimido los siguientes fundamentos:

i) Deferencia Razonada: la “*deferencia*” alude al respeto que debe existir entre los distintos poderes del Estado respecto de los actos dictados en el marco de su competencia, sobre los cuales tienen autonomía. Ello no trae como consecuencia necesaria la ausencia de control del Poder Judicial sobre esos actos, sino por el contrario, al calificarse de “*razonada*”, se exige un análisis particular y detenido en cada caso⁴⁵.

⁴³ Ver nota 2).

⁴⁴ Señala Nogueira Alcalá: “...la interpretación constitucional que siempre realiza la magistratura constitucional debe distinguir entre enunciado normativo o disposición normativa y norma. (...) El texto es el enunciado normativo sobre el cual recae el proceso de interpretación, las normas o proposiciones normativas constituyen el resultado de dicho proceso. (...) Esta diferenciación es la que permite justificar y legitimar algunos tipos de sentencias atípicas, ya que el control de constitucionalidad recae más en las normas que se derivan vía interpretación de los enunciados normativos que de éstos últimos.” (“Consideraciones sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur”, ob. cit.)

⁴⁵ Confr. NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “Consideraciones sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur”, ob. cit. Según el constitucionalista chileno Zapata Larraín: “La deferencia así entendida se fundamenta principalmente en la naturaleza misma del régimen democrático representativo. De allí que (...) la dirección de los asuntos públicos corresponda a los representantes libremente elegidos por la ciudadanía y no a jueces sobre los cuales existe poco

ii) Presunción de constitucionalidad de las normas y de los actos del legislador: por una cuestión de seguridad jurídica se parte de una presunción “*iuris tantum*” de constitucionalidad de las normas, salvo que en un proceso judicial se declare su inconstitucionalidad. Asimismo, la presunción recae sobre los “*actos del legislador*”, para comprender aquellos sistemas que efectúan el control de constitucionalidad sobre los “proyectos de ley” (ej. Chile)⁴⁶.

iii) Principio de conservación del derecho: se parte de la premisa que la declaración de inconstitucionalidad es la “*última ratio*”, ergo, sólo corresponde en los supuestos en los cuales “*todas*” las interpretaciones posibles sean inconstitucionales⁴⁷.

Clases de sentencias constitucionales. Existen diversas clasificaciones⁴⁸ en torno a las sentencias constitucionales, seguidamente detallamos las principales:

Clasificación de Sagüés

- a) sentencia manipulativas admisorias: condena a una determinada interpretación de la ley bajo examen, pero no al texto normativo mismo, que persiste vigente y aplicable, siempre que se lo interprete del modo conforme a la constitución, y no según la variante interpretativa reputada inconstitucional.
- b) Sentencia manipulativas desestimatorias: reputa constitucional cierta exégesis concreta de una norma, rechazando respecto de ella la objeción de ser inconstitucional, con lo que deja abierta la posibilidad de reputar inconstitucional otra inteligencia diferente que se haga del mismo precepto legal.
- c) sentencia manipulativas “aditivas”. Es la que añade algo a un texto legal, para tornarlo compatible con la constitución. En algunos casos, se

*control político. En este contexto, los jueces deben reconocer que la conducción política de la Polis está radicada en el Ejecutivo y el Congreso Nacional. Al mismo tiempo, parece indispensable que las determinaciones que adopten dichos entes políticos merezcan una cierta consideración –deferencia- de parte de los jueces.” Seguidamente señala que: “Tribunal deferente, en todo caso, no es aquel que renuncia a pensar por sí mismo y que abdica de su contralor en beneficio de las decisiones adoptadas por los poderes de origen democrático. Muy por el contrario, y de allí el adjetivo “razonada”, la deferencia que se explica y propugna, demanda del Tribunal la vocación y la capacidad de analizar siempre, detenida y reflexivamente, los actos emanados de los poderes representativos (...) La deferencia es “razonada”, además, por cuanto el TCCh debe elaborar categorías de análisis flexibles que le permitan discriminar entre aquellos ámbitos y materias en que cabe reconocer amplia latitud al criterio administrativo y o legislativo, de aquellas otras esferas –fundamentalmente regulación y limitación de derechos- en que la deferencia debe conciliarse con el más estricto y riguroso de los controles.” (ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *Justicia Constitucional – Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008, p. 229).*

⁴⁶Confr. ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *Justicia Constitucional – Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, ob. cit., p. 244.

⁴⁷ “Esta concepción tiene como punto de partida el “principio de la conservación del derecho”, lo que importa que se debe buscar la conservación de la disposición legal antes que anularla y sólo en casos muy extensos, en los que todas las interpretaciones posibles sean incompatibles con la Constitución, se debe expulsar del ordenamiento jurídico” (RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional – Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, ob. cit., p. 100).

⁴⁸ Aunque los autores no lo señalen expresamente, para construir sus clasificaciones parten de la premisa de lo que entendemos por modulación de la sentencia en función del “contenido”.

- cubre un vacío constitucional o legal. En otros (sentencias “integradoras”), se incluye a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal.
- d) sentencia manipulativas “sustitutiva”. Entendida como la manifestación más dura (y por ende, muy discutible) del poder legisferante positivo de un tribunal constitucional, en tal hipótesis éste destruye una norma que califica como inconstitucional, y en su lugar la reemplaza por otra regulación conforme con la Constitución.
- e) Sentencia exhortativa, también llamada “apelativa” o “con aviso”⁴⁹

Clasificación de Gozaíni

- a) Sentencias que admiten la inconstitucionalidad: “Una vez comprobada la falencia constitucional, el juez o tribunal puede: -Declarar la inconstitucionalidad de la norma, o bien; -otorgar un plazo determinado al legislador para que provoque las reformas sugeridas con la finalidad de evitar la permanencia en el texto de preceptos incompletos con la norma superior...”
- b) Sentencias que interpretan el texto cuestionado: “...Por un lado la inconstitucionalidad se da cuando el texto se interpreta fuera del contexto dispuesto y obliga a declarar su aplicación errónea, y por otro, cuando el contenido o la norma resulta viciada por los efectos que genera. En ambos casos son cuestiones de interpretación que deben analizarse al concierto del sistema de lectura y comprensión normativa que el tribunal o magistrado aplique...”
- c) Sentencias que integran el vacío constitucional: “...la inconstitucionalidad puede declararse por omisión de obrar legislativo, que nos lleva al vacío constitucional que cercena los derechos y garantías del conjunto o de las individualidades”. Comprende diversas clases: a) “...sentencias exhortativas pues demandan a otros poderes de gobierno la asunción de actitudes que la justicia no puede realizar”; b) “sentencias aditivas, es decir, cuando una determinada normativa no establece entre sus disposiciones transitorias un régimen de excepción para aquellas personas que, a su entrada en vigencia, tenían derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la legislación precedente”
- d) Sentencias que admiten la inconstitucionalidad y sustituyen el ordenamiento declarado: “...suele llamarse sentencia manipulativas a este modelo de pronunciamiento, cuya característica principal en el interpretativismo que de las palabras se hace, tomando las que son útiles y descartando las que no llevan a la finalidad buscada”
- e) Sentencias denegatorias: “...son aquellas sentencias que deniegan la impugnación de inconstitucionalidad (...) la negativa puede hallar facetas distintas si el criterio obstativo nada dice y se remite a declarar normativa; o bien; incurre en apreciaciones que interpretan la cuestión dándole un giro valorativo antes no tenido en cuenta”. Esta última comprende dos modalidades: a) “desestimatorias interpretativas (...), vinculan al fallo donde se asienta la cuestión con el establecimiento de una orientación precisa que da a entender de modo más o menos explícito; b) “sentencias correctivas, donde el tribunal condiciona el rechazo del asunto de constitucionalidad a una interpretación que surge como alternativa de su propia función intelectual”

Sentencias exhortativas. Uno de los subtipos de sentencias constitucionales atípicas que ha despertado mayores discusiones en nuestro país es el de las sentencias exhortativas. La idea central es que ante el planteo de inconstitucionalidad de una norma, el Poder Judicial en lugar de declarar su inconstitucionalidad, aconseje al Poder Legislativo el dictado de una ley (control de constitucionalidad por “omisión” - en el

⁴⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina”, *LL* 2005-F, 1461.

supuesto de “lagunas normativas”) o bien la derogación total o parcial (en el supuesto de “incoherencias” con la CN) de la normativa correspondiente⁵⁰.

El fundamento se encuentra en que “...*la declaratoria de nulidad simple de la ley demandada, y el consiguiente retiro del ordenamiento jurídico, tendría consecuencias negativas para la buena marcha del Estado, en razón del vacío jurídico que se produciría con la exclusión de la norma legal del ordenamiento jurídico.*”⁵¹

En el derecho comparado se admiten varias modalidades, primero el simple consejo al legislador, aunque plantea el problema acerca de que el órgano legislativo pueda ser renuente a cumplir con el consejo del juez. Para evitar este problema, existen dos variantes: a) en Italia, la Corte Constitucional elaboró la figura de la “doppia pronuncia”, esto es, se fija un plazo para que el Poder Legislativo actúe y una vez vencido, se dicta sentencia declarando la inconstitucionalidad; b) en Alemania y Austria, también se fija un plazo, pero difiere en el sentido de que una vez fenecido, la norma queda automáticamente derogada⁵². Por su parte, en nuestro país, Sagüés ha efectuado una tipología distinguiendo tres categorías: a) por delegación, b) por inconstitucionalidad simple, o bien c) por inconstitucionalidad precaria⁵³.

⁵⁰ Según Sagüés: “*En este supuesto, el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional (expondremos estas alternativas), encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución. Puede o no fijarle plazo preciso al respecto*” (SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina”, ob. cit.). Por su parte, Hernández del Valle considera que: “*Se trata de una técnica de uso exclusivo cuando el objeto del control son las leyes. Se caracterizaban porque el juez constitucional, al considerar que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declarar su nulidad, le confiere un plazo determinado al legislador para que la reforme, a fin de eliminar su parte incompatible con la Carta Política*” (HERNANDEZ DEL VALLE, *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2006, p. 239).

⁵¹ RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional – Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, ob. cit., ps. 106/107.

⁵² Confr. HERNANDEZ DEL VALLE, *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*, ob. cit., p. 240.

⁵³ “a) *sentencia exhortativa “de delegación”. Declara inconstitucional a una norma, y advierte al Poder Legislativo qué pautas debería satisfacer una nueva ley compatible con la constitución. (...) En el caso de la sentencia exhortativa, ella operaría como una especie de “norma de base” de la legislación que tendrá que sancionar el Poder Legislativo.*

b) *Sentencia exhortativa de “inconstitucionalidad simple”. En esta variable, el tribunal constitucional constata que una norma es inconstitucional, pero no la invalida (por los efectos desastrosos que podría producir esa nulificación), pero impone al Poder Legislativo el deber de suprimir la situación de inconstitucionalidad, por lo que deberá modificar el régimen legal vigente para amoldarlo a la constitución. La ley reputada inconstitucional se continúa aplicando hasta que se apruebe la nueva norma que esté conforme con la constitución.*

c) *Sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria. Aquí la jurisdicción constitucional estima que una norma es “todavía” constitucional, pero que puede pronto dejar de serlo; o que no resulta del todo satisfactoriamente constitucional, por lo que insta al legislador a que produzca una nueva*

Las críticas se centran en la falta de un texto legal expreso que habilite el ejercicio de esta competencia por el Poder Judicial⁵⁴, y que no se encontrarían justificadas en casos donde la vulneración del derecho sea de “*gran entidad*”⁵⁵. Por otro lado, se contra-argumenta que no es necesario el apoyo textual expreso, que no altera el principio de división de poderes de “frenos y contrapesos”, y que es congruente con el tipo de derechos en juego, y el modelo de una “democracia deliberativa”⁵⁶.

A.2) JURISPRUDENCIA DE LA CORTE: CASO “*VERBITSKY*”⁵⁷.

Hechos: en el año 2001, el CELS –una organización no gubernamental-, interpuso ante la Corte de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires una acción de hábeas corpus colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, pese a que desde la óptica legal y constitucional debían estar alojados en centros de detención especializados.

En el voto mayoritario se observa cómo la Corte vincula la aplicación de las políticas públicas en materia penitenciaria y su correspondiente compatibilidad con los derechos humanos de los detenidos. Se advierte la necesidad de una discusión entre los diversos actores del conflicto colectivo, a tales efectos se convoca audiencias públicas y además se receptan informes de “*amicus curiae*”. Finalmente –y el punto en el que nos

regulación plenamente constitucional, para lo cual puede dar también pautas de contenido. Se trataría de situaciones que denominamos de constitucionalidad endeble o precaria.” (SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina”, ob. cit.).

⁵⁴ Por un lado, Sagüés las critica al sostener que “...la sentencia exhortativa que hemos denominado por constitucionalidad precaria, padece de una seria debilidad jurídica dado que el tribunal constitucional del caso exhorta al legislador al cambio de una norma partiendo –básicamente- de conjeturas, como que esa norma (a la que el tribunal formalmente no declara constitucional) parece inconstitucional, o puede llegar a ser inconstitucional.” Luego señala que “Salvo, en síntesis, que un texto constitucional expreso habilite la facultad de un tribunal para actuar de ese modo, no cabe reconocerle tal competencia, que importa en definitiva un juego dialéctico de velada declaración de inconstitucionalidad, pero sin declaración sincera de inconstitucionalidad, que es lo que –en su caso- debería hacerse. De todos modos, por supuesto, si un tribunal constitucional (intérprete final de la Constitución) actúa así reiteradamente, es probable que genere una regla de derecho consuetudinario constitucional habilitante de tal proceder, más allá de lo correcto de la tesis en cuestión.” (SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina”, ob. cit.).

⁵⁵ Confr. ZAPATA LARRAÍN, Patricio, Justicia Constitucional – Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado, ob. cit., ps. 334/335.

⁵⁶ Confr. GARGARELLA, Roberto, “Sagüés, N. vs. Verbitsky, H., sobre sentencias exhortativas”, en www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella_vs_sagues.pdf, [consulta: 20/01/2010].

⁵⁷ CSJN, Fallos: 328:1146, “Verbitsky, Horacio”, 03/05/05.

queremos concentrar- el Alto Tribunal modula el contenido de la decisión, y en lugar de una clásica sentencia estimatoria o desestimatoria, opta por “*exhortar*”⁵⁸ al Poder Legislativo al dictado de una normativa compatible con los estándares internacionales, en los siguientes términos: “7. *Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.*” (punto VI de la parte resolutive del voto mayoritario).

B- MODULACIÓN DE LA SENTENCIA CON RESPECTO A LOS “EFECTOS PERSONALES”

B.1 MARCO TEÓRICO

Como vimos anteriormente, una de las características de nuestro sistema de control de constitucionalidad difuso, es que la sentencia produce efectos “interpartes”⁵⁹, a diferencia del sistema concentrado, donde los efectos son “erga omnes”.

Ello no ocasionaría dificultades, -en principio- si pensamos en un proceso que resuelva y tutele meramente “intereses individuales”. Sin embargo, el problema se presenta cuando en los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus o hábeas data (en sus versiones colectivas) se discute la constitucionalidad de normas violatorias de intereses colectivos, difusos o individuales homogéneos⁶⁰.

Para determinar los efectos de las sentencias constitucionales, resulta interesante la distinción conceptual entre efectos “*erga omnes*” y efecto “*extensivo*” de la cosa juzgada propuesta por Gozaíni. Por un lado, en el sistema de control concentrado, los efectos: a) son retroactivos “*ex tunc*”, b) afectan derechos consolidados, c) tiene efectos

⁵⁸ Desde nuestra óptica, quizá hubiera sido deseable el establecimiento de un plazo (como se utiliza en el derecho comparado) para evitar actitudes renuentes por parte de los poderes políticos.

⁵⁹ En este sentido, señala Ricardo Haro “*En el orden federal argentino y tratándose de un “sistema difuso de control de constitucionalidad”, la declaración judicial de inconstitucionalidad tiene solamente efectos interpartes, es decir, entre, entre las partes litigantes en el proceso o juicio en que se efectuó tal declaración*”. (HARO, Ricardo y otros, *Curso de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Ed. Advocatus, Córdoba, 2003, p. 165).

⁶⁰ Verbic postula que en los procesos colectivos que tengan por objeto pretensiones declarativas de inconstitucionalidad de leyes, la cosa juzgada debería tener “efectos expansivos”. Parte de la premisa que la noción de “cosa juzgada constitucional” –construida por Sagüés-, y las posibles correcciones al sistema de control de constitucionalidad (a partir del “*stare decisis*”, “*interpretación objetiva*”, y “*seguimiento condicionado*”), “...pueden resultar útiles para modificar en forma indirecta la situación de los afectados, pero no son aptas para resolver el conflicto colectivo”. Seguidamente, estima que la no atribución de efectos expansivos se explica en “...una interpretación restrictiva de la noción de causa o controversia” (VERBIC, Francisco, *Procesos Colectivos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, ps. 290/294).

derogatorios o anulatorios, d) cobra fuerza normativa (casi como una ley), e) hace cosa juzgada en la parte dispositiva y en los fundamentos acordados y actúa como una casación constitucional⁶¹. Por otro lado, en un sistema de control difuso, a) no hay efecto retroactivos (“ex nunc”), b) No afecta derechos adquiridos, c) hace cosa juzgada solo en la parte dispositiva, d) no provoca la nulidad de la ley⁶².

Creemos que la admisión de una legitimación activa amplia requiere una “*extensión*”⁶³ en los efectos de la cosa juzgada. Así lo ha previsto –en el plano normativo– la Ley 25.675⁶⁴ (B.O. 28/11/02) en materia ambiental y la Ley 26.361⁶⁵ (B.O. 03/04/08) en lo que respecta a los consumidores y usuarios.

Sin embargo, la modulación tiene límites, en tanto es preciso resguardar la garantía del debido proceso⁶⁶ de los titulares de los intereses supraindividuales o pluriindividuales, sobre los cuales van a recaer los efectos. Ya lo advierte Sagüés: “*De lo que se trata es de cómo prevenir, y en su caso, resolver tales conflictos. Por un lado, en efecto, deben salvaguardarse los derechos constitucionales, legales y de fuente internacional, que tutela el art. 43 de la C.N. Del otro, y con idéntico cuidado, tiene que protegerse el principio del debido proceso, el que exige que nadie sea condenado sin previamente haber sido oído*”⁶⁷.

⁶¹ GOZAINI, Osvaldo A., “No existe eficacia erga omnes en las sentencias constitucionales”, ob. cit., ps. 682/685.

⁶² GOZAINI, Osvaldo A., “No existe eficacia erga omnes en las sentencias constitucionales”, ob. cit., ps. 685/688.

⁶³ Entendemos el vocablo “*extensión*”, según lo propuesto por Gozaíni (“No existe eficacia erga omnes en las sentencias constitucionales”, ob. cit.)

⁶⁴ El art. 33 segundo párrafo: “*La sentencia hará fuerza de cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias*”.

⁶⁵ Art. 27 (modificatorio del art. 54 de la Ley 24.240): “*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*”.

⁶⁶ Sobre el contenido y los alcances de la garantía del “Debido Proceso”, ver ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Ed. Zeus S.R.L., Rosario, 2003, ps. 294/297; AVILA PAZ, Rosa Angélica del Valle, “El Debido Proceso Legal”, en *Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 6 N° 1, Marcos Lerner, Cba., 1998.

⁶⁷ SAGUES, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, ob. cit., p. 227. Como una vía de resguardar los derechos de terceros, Sagüés propone: “*...encuadrar la legitimación activa dentro de supuestos más racionales y precisos, citar a los terceros beneficiados por el acto lesivo impugnado en el amparo, o planear una acción especial de revisión, la interposición por ese tercero afectado de un recurso extraordinario, contra la sentencia de amparo que le perjudica y en donde no se le ha permitido actuar o dado intervención*” (SAGUES, ob. cit., p. 231).

B.2 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE: CASO “HALABI”⁶⁸

Hechos: un abogado promueve una acción de amparo con la pretensión de que se declare la inconstitucionalidad de la Ley Nacional 25.873 y su respectivo decreto reglamentario 1563/04. Invoca a su favor no sólo el derecho a la intimidad, en calidad de “usuario”, sino también el secreto profesional, en carácter de “abogado”.

En el voto mayoritario se aprecia cómo la Corte ha modulado los efectos de la sentencia, de acuerdo a las “personas”⁶⁹ sobre las cual recae. En este sentido, puntualiza dos aspectos: primero, con respecto al “efecto personal”: señala que: *“En estas condiciones, se considera que ha existido una adecuada representación de todas las personas, usuarios de los servicios de telecomunicaciones -dentro de los que se encuentran los abogados- a las que se extenderán los efectos de la sentencia”*. (consid. 14°, 7mo. párr.). Segundo, en relación al “fundamento” del efecto personal: *“El verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger*. (consid. 21°)

4.- CONCLUSIONES

Retomando la pregunta que nos formulamos al inicio de este trabajo, advertimos que el reconocimiento constitucional de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, indudablemente requiere reformulaciones en los “procesos constitucionales” de amparo, hábeas data y hábeas corpus (en sus modalidades colectivas), particularmente en lo que se refiere a los efectos de las “sentencias constitucionales”. En estos casos, creemos que será preciso el dictado de sentencias constitucionales “atípicas” a las características propias y tradicionales de nuestro sistema de control de constitucionalidad jurisdiccional difuso. A tal efecto, proponemos una “noción de atipicidad”, entendida como la modulación de los efectos de la sentencia

⁶⁸ CSJN, “Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dt. 1563/04”, 24/02/2009.

⁶⁹ Al respecto señala Rosa Ávila Paz de Robledo que este caso *“...establece por vía jurisprudencial las reglas sobre las cuestiones procesales de [las] acciones colectivas en general y de la acción de clase en particular, en cuanto a la legitimación, al objeto y al agravio concreto y actual que debe invocarse y al alcance general de la sentencia*. - (AVILA PAZ DE ROBLEDOS, Rosa Angélica, “El amparo colectivo como vía de tutela efectiva del medio ambiente – algunas propuestas para una armonización en MERCOSUR”, en *Anuario XI – 2008 del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, p. 226.

según el “contenido” y en función de los “efectos personales”. Por último, creemos que este cambio exige una actitud prudente y razonable por parte de los operadores jurídicos para evitar “efectos no deseados” que pretendiendo fortalecer la tutela judicial “efectiva” de estos intereses, terminen debilitándolos al vulnerar otros derechos o garantías constitucionales, en particular, el “debido proceso”.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ AVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica, “El amparo colectivo como vía de tutela efectiva del medio ambiente – algunas propuestas para una armonización en MERCOSUR”, en *Anuario XI – 2008 del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Ed. La Ley, Bs. As., 2009.
 - “El Debido Proceso Legal”, en *Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 6 N° 1, Marcos Lerner, Cba., 1998.
- ❖ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Ed. Zeus S.R.L., Rosario, 2003.
- ❖ BORDALI SALAMANCA, Andrés, “La función judicial de defensa del orden constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord.), Tomo I, Publicación del Colegio de Secretarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, A.C., Ed. Porrúa, México, 2003.
- ❖ FERNANDEZ SEGADO, “Evolución histórico y modelos de control de constitucionalidad”, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, (Coords. García Belaunde y Fernandez Segado), Ed. Dykinson, Madrid, 1997.
- ❖ GARCIA BELAUNDE, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá (Colombia), 2001.
 - *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Ed. Porrúa, México, 2008.
- ❖ GARGARELLA, Roberto, “*Sagüés, N. vs. Verbitsky, H., sobre sentencias exhortativas*”, en www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella_vs_sagues.pdf, [consulta: 20/01/2010].
- ❖ GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006.
 - “No existe eficacia erga omnes en las sentencias constitucionales”, en *XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 8 al 10 de noviembre de 2007, Mar del Plata, Ponencias Generales Relatos Generales y Trabajos seleccionados*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, ps. 10 y 11, 2007.
 - *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo III – Procesos Constitucionales, Especiales y Voluntarios, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- ❖ HARO, Ricardo, *Control de Constitucionalidad*, 2da. edición, Zavalía, Buenos Aires, 2008.
 - “Tribunales y Salas Constitucionales en Iberoamérica”, en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998
- ❖ HARO, Ricardo y otros, *Curso de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Ed. Advocatus, Córdoba, 2003.
- ❖ HERNÁNDEZ DEL VALLE, *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2006.
- ❖ MEROI, Andrea A., *Procesos Colectivos, Recepción y Problemas*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

- ❖ NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “Consideraciones sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur”, en Revista Ius et Praxis, año 10, N° 1, 2004.
- ❖ RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional – Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, publicación de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Kipus, Cochabamba – Bolivia, 2001.
- ❖ ROLLA, Giancarlo, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Ed. Grijley, Lima, 2008.
- ❖ SÁCHICA, Luis Carlos, *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, Ed. Temis S.A., Bogotá, 1988.
- ❖ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina”, *LL* 2005-F, 1461.
 - *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, Estudios de Derecho Procesal IV – Julio B. J. Maier (Director), Ad Hoc, Konrad –Adenauer- Stiftung, Buenos Aires, 2006
- ❖ SERRA SAD, María Mercedes, *Procesos y Recursos Constitucionales*, Ed. Depalma, 1992.
- ❖ TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, Volume One, 3° edition, New York Foundation Press, New York, 2000.
- ❖ VERBIC, Francisco, *Procesos Colectivos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.
- ❖ ZAGREBELSKY, Gustavo, “El Juez constitucional en el siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 10, Julio diciembre 2008, ps. 249/268, en www.iidpc.org [consulta: 20/01/2010]
- ❖ ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *Justicia Constitucional – Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008.