



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 2 | n. 2 | maio/agosto 2015 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



¿Jueces legisladores?*

Judges as legislators?

ESTELA B. SACRISTÁN**

Universidad Católica Argentina (Argentina)
es@bgcv.com.ar

Recibido/Received: 15.03.2015 / March 15th, 2015

Aprovado/Approved: 29.04.2015 / April 29th, 2015

Resumen

El comportamiento de los jueces que dictan decisiones con objetivos cada vez más amplios y generales se presenta como una actuación “quasi” legislativa, creando soluciones con valor similar al de la ley. El tema plantea cuestiones como: ¿es cierto y posible el desempeño de tal rol? En otras palabras, ¿es jurídicamente admisible o recomendable el desempeño de tal rol? Por un lado, algunas de las características clásicas del constitucionalismo, como la separación de los poderes, no posibilitarían esa postura. Por otro lado, algunos defienden la necesidad de este comportamiento frente a ciertos casos, los cuales exigirían cierta abstracción. Por lo tanto, se observa un posible empate teórico entre esas diferentes formas de pensamiento, dependiendo del argumento utilizado. Sin embargo, la busca por equidad y justicia en las decisiones – una de las partes más importantes en la adjudicación – requieren una actuación más ortodoxa de los jueces, las cuales deben buscar la mejor solución al caso concreto, lo que muchas veces significa resolver las generalizaciones hechas por los legisladores cuando de la creación de una ley, neutralizando un hipotético rol legislador en el juez.

Palabras-clave: separación de poderes; Poder Judicial; Poder Legislativo; activismo judicial; decisiones judiciales.

Abstract

The judge's acts through decisions that are each time more wide and generic show a performance resembling a legislator, creating solutions similar to the law. The subject raises questions such as: are these actions possible? In other words: from a legal perspective, is it admissible or recommended this performance? On one hand, some of the classic characteristics of constitutionalism, such as separation of powers, do not corroborate with this posture. On the other hand, there are claims for the necessity of these actions in some cases, which requires certain abstraction. It can be observed, therefore, that both positions can be used with the proper argumentation. Still, the search for equity and justice in the decisions – an important part of adjudication – requires a more orthodox praxis of the judges in searching for the better solution for the case. That would be, most of the time, to solve the generalizations made by the legislators when making a statue, what means a neutralization of the hypothetical legislative role of the judge.

Keywords: separation of powers; Judiciary; Legislative; judicial activism; judicial decisions.

Como citar esse artigo/How to cite this article: SACRISTÁN, Estela B. ¿Jueces legisladores?. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 93-115, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44512>

* Trabajo originariamente publicado en Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina, año 2014-2, p. 101-128.

** Profesora de Derecho Administrativo y becaria posdoctoral en la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina). Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesora visitante en la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Profesora titular de Taller de Jurisprudencia y Doctrina en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina. Recibió el Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación” instituido por Ac. 6/91 (1995). Integra el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, y las secciones Derecho Constitucional y Derecho Administrativo del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

SUMARIO

1. Planteo; 2. Factores negativos; 2.1. Las reglas de Cooley; 2.2. Las reglas de Brandeis; 2.3. La propia jurisprudencia de la Corte Suprema; 2.4. Separación de poderes; 2.5. La ley formal; 3. Factores positivos; 3.1. Casos abstractos; 3.2. Otorgamiento de amplio *standing*; 3.3. La fuerza del precedente; 3.4. Ley formal que disponga efectos generales; 3.5. Inacción de los poderes políticos; 4. Reflexiones finales; 5. Referencias.

1. PLANTEO

Cuando la Corte Suprema argentina falló la causa *Claren*,¹ en 2014, relativo a la ejecutabilidad de sentencias extranjeras en nuestro país, una pregunta –previsible– que me hice fue la relativa a sus implicancias. El fallo fijaba doctrina sobre el significado de la expresión “orden público” en la normativa aplicable; resolvía, para el caso, la inejecutabilidad de la sentencia. Empero, al mismo tiempo, el decisorio traía, a colación, argumentos y conclusiones brindados en otros dos precedentes relativos a deuda pública, *Galli*,² y *Brunicardi*,³ destacando el carácter de “doctrina de amplios alcances” en ellos fijada por el máximo Tribunal argentino. Al tiempo que podíamos no ya leer sino releer el precitado *Claren*, los diarios publicaban las noticias sobre los *holdouts* y la decisión de la Corte Suprema estadounidense en *NML*⁴ sobre inadmisión del planteo de la República Argentina. En los mismos diarios podíamos leer acerca de los ecos de tal decisión extranjera en los planteos de los bonistas italianos en sede del CIADI; así como acerca de otras consecuencias en el marco de reclamos, por parte de otros bonistas, en torno a las medidas de emergencia generadas por la crisis del verano 2001/2002 y su desenvolvimiento, en tanto aplicadas a títulos de la deuda pública argentina.

Una primera mirada permitía divisar, en estas alternativas, la suerte de *red* que –con mayor o menor tensión y con los límites propias de las jurisdicciones– es creada por la figura del deudor demandado en todos esos casos.

Otra mirada permitía advertir cómo los conceptos jurídicos, originariamente indeterminados –por ejemplo, el concepto de orden público⁵ argentino en la ley procesal–, se van dotando de contenido en las decisiones judiciales, especialmente cuando provienen de un máximo Tribunal.

¹ C. 462. XLVII. R.O., 6/3/2014, *Claren Corporation e/ E.N - arts. 517/518 CPCC exequátur s/ varios*.

² *Galli*, Hugo Gabriel y otro c/ PEN - ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561, Fallos: 328°690 (2005).

³ *Brunicardi*, *Adriano C. c/ E.N. (BCRA.) s/ cobro*, Fallos: 319: 2886 (1996).

⁴ Republic of Argentina, petitioner, v. NML Capital, Ltd., on writ of certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit [June 16, 2014].

⁵ Sobre este concepto, es inevitable la cita del ensayo de SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. El orden público en el Derecho. In: **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**, Buenos Aires, n. 12, p. 694 y ss.

Ello también planteaba la pregunta de la fuerza vinculante de tales interpretaciones de tenor semántico, que llevan a las determinaciones –por vía judicial- de lo no determinado por los juegos políticos que anidan en el seno de los órganos políticos donde se consensuan los contenidos de las leyes formales.

Pero hay otra mirada más, que podemos tender sobre redes de casos o reclamos como los apuntados, y hace a la fuerza “quasi” legislativa que ciertas decisiones judiciales pueden tener, a modo de *leading cases*, liderando la familia de fallos sucesivos que los siguen, generando soluciones con valor similar al de la ley.

Consideremos otros ejemplos: Así como no es lo mismo la ejecutabilidad, en Argentina, de sentencias extranjeras antes y después de *Claren*, podríamos decir que no fue lo mismo el Plan Austral antes y después de *Peso*⁶ y *Porcelli*⁷. Tampoco fue lo mismo el Plan Bonex antes y después de *Peralta*⁸. Hubo y un antes y un después, para la pesificación, en *San Luis*⁹ y en *Massa*¹⁰. Y lo mismo podríamos predicar de fallos como *Arriola*¹¹, luego de *Bazterrica* y *Capalbo*¹² y *Montalvo*¹³. Y, estemos de acuerdo o no, lo mismo podríamos temer luego de *F., A. L.*¹⁴

De igual modo, y trasladándonos en el tiempo, no podría dejar de aceptarse que marcaron un futuro diferente fallos como *Siri*¹⁵ y *Kot*¹⁶, o decisorios como *Vieytes de Fernández*¹⁷, *Ana Pérez de Smith*¹⁸ o *Saguir y Dib*.¹⁹

Tales mojones –y todos los fallos mencionados, en mi opinión lo son-, colocados en el camino de la vida de los litigantes y en el de otros similares litigantes y –en general- en devenir de nuestro país, y sus efectos, conducen a un interrogante que es el aquí me permito bosquejar: el relativo al aparente rol legislativo que los jueces, en ocasiones, parecen desempeñar.

¿Es cierto y posible el desempeño de tal rol? La evidencia parecería indicar que sí. Ahora, es jurídicamente admisible o recomendable el desempeño de tal rol? Aquí las respuestas parecen divididas. En lo principal, un apego a los cánones clásicos del

⁶ *Peso*, Agustín Carlos c/ Banco Central de la República Argentina, Fallos: 307/2061 (1985).

⁷ *Porcelli*, Luis A. c/ Banco de la Nación Argentina s/ cobro de pesos, Fallos: 312: 555 (1989).

⁸ *Peralta*, Luis Arcenio y otro c/ E.N. (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo, Fallos: 313: 1513 (1990).

⁹ *San Luis*, Provincia de c/ E.N. s/ acción de amparo, Fallos: 326: 417 (2003).

¹⁰ *Massa*, Juan Agustín c/P.E.N. - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986, Fallos: 329: 5913 (2006).

¹¹ *Arriola*, Sebastián y otros s/ causa 9080, Fallos: 332: 1963 (2009).

¹² *Bazterrica*, Gustavo Mario - Alejandro Carlos Capalbo, Fallos: 308: 1392 (1986).

¹³ *Montalvo*, Ernesto Alfredo psa. inf. ley 20.771, Fallos: 313: 1333 (1990).

¹⁴ *F., A. L.* s/ medida autosatisfactiva, Fallos: 335: 197 (2012).

¹⁵ *Siri*, Angel, Fallos: 239: 459 (1957).

¹⁶ *Samuel*, Kot S.R.L., Fallos: 241: 291 (1958).

¹⁷ *Vieytes de Fernández*, Juana Suc. c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos: 295: 973 (1976).

¹⁸ *Pérez de Smith*, Ana María y otros, Fallos: 300: 1282 (1978).

¹⁹ *Saguir y Dib*, Claudia Graciela, Fallos: 302: 1284 (1980).

control judicial –en especial, de constitucionalidad- inclinarían la balanza en contra de hallar, en un fallo de la Corte Suprema, una cualidad similar a la de una ley formal. Empero, una apreciación de la jurisprudencia misma, así como la consideración de otros factores, podrían llevar a la admisión del rol legislativo o co-legislativo de los jueces, al menos en el plano fáctico, si no normativo.

A tal fin, repasaré los factores de la provincia del control de constitucionalidad que impiden (sección 2) que los jueces se erijan en legisladores, y los que les permitirían hacerlo (sección 3), para arribar a las reflexiones finales pertinentes (sección 4).

2. FACTORES NEGATIVOS

Los cánones más ortodoxos del control de constitucionalidad²⁰ –siguiendo la doctrina y jurisprudencia estadounidense, inspiradora del constituyente de 1853/1860- impiden que los jueces se conviertan en legisladores, y sobresalen, en este renglón, las denominadas “reglas de Cooley” y las “reglas de Brandeis”. Asimismo, otros factores impositivos mencionables comprenderían la propia jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, la doctrina de la separación de poderes y, en ocasiones, la ley formal misma. Repasemos cada uno de ellos sin perjuicio de aclarar el carácter no taxativo de la enumeración.

2.1. LAS REGLAS DE COOLEY

Las llamadas “reglas de Cooley”, en razón de su creador, Thomas Cooley, doctrinario estadounidense del siglo XIX autor de *Constitutional Limitations*,²¹ señalan importantes limitaciones dirigidas a los jueces en la tarea de efectuar el control de constitucionalidad. Una de ellas posee la virtualidad de impedir un efecto legislativo en las decisiones judiciales, con fuerte punto de sustento –mas no exclusivamente- en la noción de legitimación activa. Veamos:

Enseña Cooley que “La Corte no oírás las objeciones que se hagan sobre la constitucionalidad de una ley por una persona cuyos derechos no estén afectados por ella y que por consiguiente no tiene interés en anularla. (...) El poder de la Corte sólo puede invocarse cuando se ve que es necesario para asegurar y proteger a la parte que se presenta ante ella contra el ejercicio ilegal del poder legislativo en detrimento suyo”²².

²⁰ Se sigue BIANCHI, Alberto B., **Control de constitucionalidad**. 2. ed.. Buenos Aires: Ábaco, 2002, p. 98-101.

²¹ COOLEY, Thomas. **A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union**. Boston: Little Brown & Co., 1868. La obra en Argentina fue publicada como COOLEY, Thomas. **Principios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América**. Traducción de Julio Carrié. Buenos Aires: Jacobo Peuser, 1898.

²² COOLEY, Thomas. **Principios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América**. Traducción de Julio Carrié. Buenos Aires: Jacobo Peuser, 1898, p. 142-151.

Como puede advertirse, en esta regla –verdadero compendio de control de constitucionalidad- Cooley involucra prácticamente todos los recaudos comunes²³ del ejercicio de la revisión judicial: objeciones o agravios constitucionales, derechos afectados, el concepto mismo de afectado, la noción de interés, el resultado nulificante del exitoso planteo de inconstitucionalidad. Asimismo, el citado autor trae a colación la petición de parte al invocarse el poder de la Corte, es decir, al hacerse un llamado a su jurisdicción, la noción de parte en el proceso, la protección de dicha parte contra la ilegalidad y, finalmente, el detrimento o gravamen o daño. Implícitamente, la regla evade los planteos abstractos o teóricos pues se apoya en la idea de interés.

Resulta claro, a partir de la regla reseñada, que la eventual decisión del tribunal, producida luego de la verificación del cumplimiento de todos esos recaudos, distará de poseer efectos amplios o de gran alcance pues se centrará en las partes agraviadas. De otra parte, el eventual efecto nulificante que menciona la regla citada no podrá sino tener efectos hacia esas partes, que son las que sufrieran el gravamen, con lo que tampoco tendrá esa nulificación efectos de tenor legislativo.

2.2. LAS REGLAS DE BRANDEIS

Sin perjuicio de las enseñanzas emergentes de las limitaciones propuestas por Cooley en sus reglas, y según la obra que se sigue, algunas de las llamadas “reglas de Brandeis” brindan una más moderna construcción de la semilla procesal que aquél sembrara. Si bien las reglas de Brandeis semejan las que apuntarían a susentar una tesis de la autorrestricción judicial, en lo que aquí interesa, justifican la tesis de la competencia no legislativa de los jueces. Ello pues, al acatarse las reglas, se asegura que los efectos de la sentencia queden acotados, y pierdan todo alcance general asociables a las leyes y actos de alcance general.

Según la doctrina, estas reglas fueron escritas por Louis D. Brandeis, cuando fuera *justice* de la Corte Suprema estadounidense, en su voto concurrente en *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*²⁴, caso de neto corte regulatorio en el que se impugnaba la

²³ Para nuestro país, ver, por todos, BIDEGAIN, Carlos M. et al. **Curso de Derecho constitucional**. t. IV. rev. y act. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996, pp. 376/377 (requisitos comunes); 378/381 (requisitos propios); y 382/383 (requisitos formales).

²⁴ *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936). Este caso -al igual que otros fallados por la Corte norteamericana, como por ejemplo *Pollock v. Farmer's Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895) y *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936)- había sido iniciado por los accionistas de una compañía contra ésta para evitar que aplicara con una ley tachada de inconstitucional; en *Ashwander*, la ley que creaba la empresa estatal (parte recurrida). El peligro implícito que encierran estos pleitos es la falta de una persona verdaderamente interesada en sostener la constitucionalidad de la legislación atacada, lo que los convierte en juicios simulados, ya que falta como parte el Estado que intervenga en favor de la ley. Brandeis advirtió este problema y de allí su postura frente a una decisión en que la mayoría sostuvo que los accionistas tenían, efectivamente, legitimación para actuar. Ampliar en BIANCHI, Alberto B.. **Control de constitucionalidad**. 2. ed.. Buenos Aires: Ábaco, 2002.

*constitucionalidad de la creación de una empresa estatal de energía*²⁵. Allí sostuvo el citado Justice que:

Primero, la Corte Suprema no puede declarar la inconstitucionalidad en un procedimiento voluntario y no contencioso²⁶.

Segundo, no se puede anticipar una decisión de inconstitucionalidad antes de la necesidad de decidirla²⁷.

²⁵ La Tennessee Valley Authority constituye hoy un clásico ejemplo de ingreso parcial del Estado para generar *yardstick competition* en el mundo privado. Esta decisión implicó la creación de la respectiva agencia estatal con competencias, entre otras, para generar, transportar y distribuir electricidad en el valle del río Tennessee, que involucra 7 estados. Todo ello, bajo la ley denominada Tennessee Valley Authority Act, de mayo de 1933, bajo el gobierno de Frank Delano Roosevelt. Las razones para la creación de esta empresa estatal son simples: hacia 1929, las empresas energéticas, centradas en la rentabilidad, cobraban a los usuarios del estado de New York precios varias veces más elevados que los que sufragaban los canadienses, tan solo cruzando el río San Lorenzo, y eso dio nacimiento a una propuesta que fracasó; tal, la de que el Estado construyera diques y plantas generadoras de electricidad para que esa energía estuviera a disposición de los transportistas y distribuidores privados si éstos bajaban sus tarifas. Si bien la propuesta hizo que los neoyorkinos se sintieran protegidos, las empresas energéticas la bloquearon en la legislatura. Por ello, Roosevelt, apenas ganó la elección presidencial de 1932, redobló la apuesta: 37 días después de su asunción como presidente envió al Congreso la ley de creación de la Tennessee Valley Authority, que se halla en 48 Stat. 58-59, 16 U.S.C. sec. 831. Así, en la primavera de 1933 se sancionó la ley, que por cierto fue más tarde impugnada judicialmente (véase n.7), saliendo airoso, y hoy en día, la Tennessee Valley Authority (TVA), de autoría de Roosevelt, pervive.

Dedicada a pluralidad de actividades (fabricación de fertilizantes, enseñanza a los granjeros del valle del Tennessee a emplearlos para recuperar las tierras lavadas, erosionadas y deforestadas de ese valle; generación de electricidad, transporte y distribución de la misma en la cuenca del Tennessee, entre otros cometidos), el efecto multiplicador de la TVA consistió en que ayudó a recuperar la región, generándose oportunidades de trabajo para personas que necesitaban empleo, y aportó mejores condiciones de vida pues se instalaron líneas de distribución de electricidad en toda la cuenca.

La década del '70 sorprendió a la TVA con altísimos costos, ineficiencia y baja productividad, por lo que sólo hacia fines del '80 logró estabilizar sus cuentas. Y en la década el '90 se preparó para competir mediante la reducción de sus costos operativos en US\$ 800 anuales, reducción de sus fuerzas laborales a la mitad, aumento de su capacidad de generación, abandono de la construcción de plantas nucleares, y desarrollo de un plan para enfrentar las nuevas necesidades del valle del Tennessee en el 2000. La firma estatal continúa prestando su principal cometido: producir energía para operaciones mayoristas. Creada para ofrecer un punto de comparación para las firmas privadas (*yardstick competition*), en especial generadoras de energía eléctrica, más recientemente ha debido reencarar sus contratos con sus clientes distribuidores eléctricos; también ha tenido que poner en marcha un plan para reducir sus emisiones de óxido de nitrógeno, con inversiones en equipamientos nuevos a tal fin del orden de los US\$ 600 millones; y desde la década del '70, ha debido invertir más de US\$ 3.000 millones en equipos de control de emisiones polutantes en sus 11 plantas. Como puede verse, no todo ha sido un lecho de rosas para este emprendimiento estatal, no obstante su primigenia victoria judicial. Ampliar en www.tva.gov y en SACRISTÁN, Estela B.. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Buenos Aires: Abaco, 2006, p. 492-493.

²⁶ (1) The Court will not pass upon the constitutionality of legislation in a friendly, nonadversary, proceeding, declining because to decide such questions "is legitimate only in the last resort, and as a necessity in the determination of real, earnest, and vital controversy between individuals. It never was the thought that, by means of a friendly suit, a party beaten in the legislature could transfer to the courts an inquiry as to the constitutionality of the legislative act"; *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), esp. p. 346.

²⁷ "The Court will not anticipate a question of constitutional law in advance of the necessity of deciding it"; *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), esp. p. 346.

Tercero, no se puede formular una regla de constitucionalidad mas amplia que la requerida por los hechos precisos a los cuales ha de aplicarse²⁸.

Cuarto, si el caso puede ser resuelto de dos formas diferentes: la primera involucrando una cuestión constitucional y la segunda involucrando una cuestión meramente legal, debe optarse por la segunda solución²⁹.

Quinto, no se puede apreciar la constitucionalidad de una ley a instancia de una parte que no ha podido probar que la aplicación de ésta le ocasionaba perjuicio³⁰.

Sexto, la Corte no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley a instancia de una parte que se ha beneficiado con ésta³¹.

Séptimo, una ley siempre debe ser interpretada de manera tal que se evite, en lo posible, su declaración de inconstitucionalidad³².

Estas reglas garantizan los efectos no legislativos de una decisión judicial en la que se ejerza el control de constitucionalidad. Al requerirse el recaudo *contencioso*, se exige la contienda, apuntándose a la decisión a una causa o controversia. Al fijarse el requisito temporal, se deja en claro que tiene que haber *necesidad de una decisión* judicial sobre la inconstitucionalidad, y es la existencia de esa necesidad la que marcará el momento adecuado para el planteo y su resolución, pudiendo sobreentenderse que la necesidad de decisión hace a los involucrados en la contienda. De tal modo, mientras que el legislador vela, ante las necesidades, prospectivamente, el juez decide impulsado por una necesidad de decisión que ya se ha generado, y nunca decidirá cuando la necesidad de decisión todavía no haya aparecido. Los *alcances* de la decisión judicial comprenderán sólo los hechos precisos, hechos naturalmente pasados y cognoscibles. Así, se completa el recaudo de contienda, apreciada retrospectivamente, con una necesidad ya generada y divisada, en torno a hechos también pasados por necesidad pues si no fueran pasados no serían pasibles de ser conocidos. Ello contrasta con la labor del legislador, que vela por

²⁸ "The Court will not formulate a rule of constitutional law broader than is required by the precise facts to which is to be applied"; *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), esp. p. 347.

²⁹ "The Court will not pass upon a constitutional question although properly presented by the record, if there is also present some other ground upon which the case may be disposed of. This rule has found most varied application. Thus, if a case can be decided on either of two grounds, one involving a constitutional question, the other a question of statutory construction or general law, the Court will decide only the latter"; *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), esp. p. 347.

³⁰ "The Court will not pass upon the validity of a statute upon complaint of one who fails to show that he is injured by its operation"; *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), esp. p. 347.

³¹ "The Court will not pass upon the constitutionality of a statute at instance of one who has availed himself of its benefits"; *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), esp. p. 348.

³² "When the validity of an act of the Congress is drawn in question, and even if a serious doubt of constitutionality is raised, it is a cardinal principle that this Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the question may be avoided"; *Ashwander V. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), esp. p. 348-349.

hechos futuros, según la necesidad que pueda prever, con alcance general pues la ley es regla o medida enderezada a guiar la acción de todos³³.

Estas reglas –también vimos- exigen *acreditación* del gravamen, extremo que, nuevamente, coloca a la eventual decisión en el restringido campo de las partes en la controversia, en el marco del gravamen, ya producido, y que al tener que ser acreditado o comprobado, tendrá, necesariamente, que ser pasado. Ello difiere de la actitud de proyección con la que el legislador analiza la realidad pasada más o menos reciente y regla para el futuro³⁴. En punto al *interés*, se exige que quien hace el planteo de inconstitucionalidad no se halla beneficiado con la norma o régimen que impugna, y ello contrasta con la labor del legislador, que podría, hipotéticamente beneficiarse con una nueva ley. Finalmente, el carácter *excepcional* de la decisión sobre una inconstitucionalidad en el marco judicial difiere de la situación en la que se halla el legislador: éste, sea en el recinto parlamentario o en las oficinas administrativas, se halla bajo el “techo”, al menos, de la norma atributiva de competencia, de rango constitucional o legal, y como su decisión será general deberá velar, en la etapa de elaboración del acto general, por razones de precaución o eliminación de costos futuros evitables, por que el producto sea constitucional. Por ende, puedo propiciar que, en la etapa de debate o elaboración, y por razones de prudencia o reducción de costos futuros de transacción, debería el legislador trabajar sobre la hipótesis de que la norma propuesta o proyectada es en principio inconstitucional, apuntado a lograr que la misma –en el recinto o en los dictámenes previos que se produzcan- apruebe en forma acabada e indubitable los más arduos tests de constitucionalidad. Sólo de esta forma podría, luego, en sede judicial, reinar y resultar exitosa la presunción de constitucionalidad de la ley con que los jueces invisten a las leyes³⁵, y –bajo cierta perspectiva- podría razonarse de igual modo en torno a la presunción de legitimidad.

De lo dicho se infiere que los límites del decisor judicial al ejercer el control de constitucionalidad le impiden parecerse a un decisor legislativo pues éste realiza una labor sustancialmente diferente. Como se sostuviera, con asierto, “El acto de legislar no es ontológicamente idéntico al acto de juzgar, pues el legislador forma su juicio sobre el mérito, la oportunidad y la conveniencia de la sanción de una ley, examinando la cuestión desde una perspectiva general e indeterminada con relación a los administrados;

³³ Conf. AQUINO, Santo Tomás de. *Summa Teológica*. [s.l.] [s.n.], I-II Primera sección de la Segunda Parte (Prima Secundae), Questio 90 (De la esencia de la ley), art. 2: “Hemos visto (a.1) que la ley, al ser regla y medida de los actos humanos, pertenece a aquello que es principio de estos actos”.

³⁴ Excede el marco del presente la consideración de una definición de retroactividad y su legalidad y constitucionalidad.

³⁵ Ya radicados en sede judicial, “los actos públicos se presumen constitucionales en tanto y en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan entenderse armonizados con sus disposiciones. El principio de división de poderes y la regla según la cual no debe suponerse en los titulares de los poderes de gobierno la intención de conculcar el texto constitucional conducen al principio de presunción de constitucionalidad”, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-*, Fallos: 328: 2056 (2005) (voto del Dr. Maqueda).

mientras el juez, en cambio, resuelve el caso concreto llevado a sus estrados ponderando las particularidades de hecho y el modo en que la norma incide en la esfera privada del justiciable³⁶. Por ende, la equiparación entre juez y legislador es improcedente.

2.3. LA PROPIA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La propia jurisprudencia de la Corte Suprema argentina impiden tener a los jueces por legisladores. Como se afirmara, “uno de los mayores aciertos de la Constitución de los Estados Unidos directamente aplicables a nuestro sistema, consistió en limitar los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad a la causa o litigio donde aquélla fue declarada, sin afectar empero los efectos normales de la ley sobre las personas extrañas al pleito en que la invalidez fue pronunciada, que debe ser cumplida y reviste iguales efectos que otra cualquiera”³⁷.

En lo que hace a la tarea de interpretación, en infinidad de ocasiones la Corte Suprema argentina ha afirmado que “la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades”³⁸.

En lo que hace a su ámbito de actuación, se ha reiterado que “no incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que les son propias, sobre todo cuando la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le corresponden a los otros poderes.”³⁹

³⁶ *Sesma, Laura Judith y otro y su acumulado s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos: 326: 2612 (2003) (voto del Dr. Vazquez).

³⁷ *Search Organización de Seguridad S.A. c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa*, Fallos: 327: 1813 (2004).

³⁸ *Martínez, Alberto Manuel c/ Universidad Nacional de Tucumán*, Fallos: 329: 5621 (2006); *Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación c/ EN - P.E.N. s/ acción de amparo*, Fallos: 327: 2423 (2004); *Cantera Pigüé S.A. c/ Marengo S.A.*, Fallos: 323: 3215 (2000); *Ortiz Almonacid, Juan Carlos s/ acción de amparo*, Fallos: 322: 385 (1999) (voto del Dr. Petracchi); *Niella, Miguel Alberto c/ Diario Época y Editora Correntina S.A. s/ ordinario*, Fallos: 321: 2010 (1998); *Bolaño, Miguel Angel c/ Benito Roggio e Hijos S.A. - Ormas S.A. Unión Transitoria de Empresas Proyecto Hidra*, Fallos: 318: 1012 (1995); *Degó, Félix Antonio*, Fallos: 242: 73 (1958); entre otros.

³⁹ *Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ EN (Mrio. de Salud y Acción Social)*, Fallos: 310: 112 (1987); *Caja Nacional de Ahorro y Seguro c/ N.C.R. Argentina S.A.I.C.*, Fallos: 310: 2709 (1987); *Cohen, Rafael c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ nulidad de resolución*, Fallos: 313: 228 (1990); *Construcciones Taddía SA. c/ EN (Mrio. de Educación y Justicia) s/ cobro*, Fallos: 315: 2217 (1992); entre otros.

Tampoco pueden los jueces instituir la ley⁴⁰ o suplir la ley⁴¹, pues deben mantenerse dentro de su función jurisdiccional.⁴²

Los efectos de las sentencias no pueden privar de valor *erga omnes* a las normas impugnadas⁴³; las medidas cautelares no pueden suspender la vigencia de una norma con efectos *erga omnes*⁴⁴; y, en suma, no se puede procurar, en sede judicial, una sentencia con carácter de norma general⁴⁵.

Las sentencias que declaran una inconstitucionalidad no tienen efectos derogatorios genéricos pues la declaración de inconstitucionalidad sólo produce efecto dentro de la causa y con vinculación a la ley y a las relaciones jurídicas que la motivaron⁴⁶.

Por todas estas razones, de raigambre jurisprudencial, le está vedado, a los jueces, asumir el rol de legisladores.

2.4. SEPARACIÓN DE PODERES

La separación de poderes ha sido percibida, por la jurisprudencia, como un límite tendiente a evitar que el juez sustituya a los otros poderes del Estado.

Ello se ha logrado por medio de tres vías, al menos: el recaudo de caso contencioso y, específicamente, de legitimación activa; la tesis de la irrevisibilidad de las razones del legislador; y la consideración de los recaudos de legitimación y, en general, de caso o controversia, en materia de resoluciones cautelares.

A juego con la tesis oportunamente plasmada por el *justice* Scalia⁴⁷, la Corte Suprema argentina ha afirmado que “las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que el requisito de la existencia de un ‘caso’ o ‘controversia judicial’ sea observado rigurosamente para la

⁴⁰ Montero, Víctor Roberto y otros s/ Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ acción contenciosoadministrativa, Fallos: 319: 2616 (1996); Kreimbohn, Germán y otro c/ Caja Administradora del Fondo Especial del Seguro (CAFES) y otro, Fallos: 316: 2732 (1993); Mansilla, Manuel Angel c/ Hepner, Manuel y otro s/ daños y perjuicios, Fallos: 314: 1849 (1991); Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otro., Fallos: 311: 2553 (1988); Rolón Zappa, Víctor Francisco, Fallos: 308: 1848 (1986); Delsoglio Osvaldo Francisco c/ Pablo Casale Ltda. S.A., Fallos: 234: 82 (1956); entre otros.

⁴¹ Cardinale, Miguel Angel c/ BCRA. s/ incidente de ejecución de sentencia, Fallos: 317: 1505 (1994).

⁴² Antelo, Manuel y otros s/ contrabando, Fallos: 324: 3141 (2001).

⁴³ Abud, Jorge Homero y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ declaración de inconstitucionalidad ley 10.542, Fallos: 314: 1186 (1991) (voto de los Dres. Levene (h.) y Barra).

⁴⁴ Thomas, Enrique c/E.N.A. s/amparo, Fallos: 333: 1023 (2010).

⁴⁵ Gómez Diez, Ricardo y otros c/ PEN - Congreso de la Nación s/ proceso de conocimiento, Fallos: 322: 528 (1999).

⁴⁶ Villada, Juan Carlos y otros s/ robo calificado, Fallos: 313: 1010 (1990); Frías, Hugo Daniel; Vila, Héctor Oscar y Flores, Julio Luis s/ robo de automotor calificado por uso de armas, Fallos: 314: 75 (1991); Albornoz, Juan Carlos s/ Infracción artículo 6°, ley 20.771 Causa n° 2901, Fallos: 315: 276 (1992); Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa, Fallos: 324: 3219 (2001) (voto de los Dres. Fayt y Belluscio).

⁴⁷ SCALIA, Antonin. The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers. In: **17 Suffolk U. L. Rev.** 881, Boston, p. 881-899, 1983.

preservación del principio de división de poderes⁴⁸. Con la mirada puesta en el contencioso requerido, se ha dejado sentado el recaudo de que “la ‘aplicación’ de los actos de los otros poderes debe dar lugar a un litigio contencioso, para cuyo fallo se requiera el examen del punto constitucional propuesto⁴⁹. Por tanto, la jurisprudencia exige, si no caso o controversia, una aplicación calificada: tal la aplicación (en nuestra hipótesis, del acto de alcance general) hábil para generar una contienda (vinculable con el punto constitucional propuesto).

En materia de legitimación, “la existencia de un interés particular del demandante en el derecho que alega, no aparece como un requisito tendiente a eludir cuestiones de repercusión pública sino a fin de preservar rigurosamente el principio de la división de poderes, al excluir al Poder Judicial de una atribución que, como la de expresarse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no le ha sido reconocida por el art. 116 de la Constitución Nacional. Este departamento del gobierno federal debe ser preservado de la subrejudicialización de los procesos de gobierno⁵⁰. De este modo, se evita que los jueces se expidan “en forma general”, en el marco de la separación de poderes.

La tesis de la irrevisibilidad judicial de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia del legislador también evita que la decisión judicial tengan efectos generales. La jurisprudencia del máximo Tribunal argentino ha dado amplia aceptación a esta doctrina, colocando bajo el cono de lo irrevisable pluralidad de leyes⁵¹, con balcones a la fijación de una cuestión política no justiciable.

⁴⁸ *San Luis, Provincia de c/EN y otros s/acción declarativa*, Fallos: 330: 3777 (2007).

⁴⁹ *Municipalidad de la Ciudad de San Luis c/ San Luis, Provincia de y EN s/ acción de amparo*, Fallos: 324: 2315 (2001); *Baliarda S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad*, Fallos: 326: 2931 (2003); *Policonsultorios de Cabecera S.R.L. c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción meramente declarativa*, Fallos: 329: 3184 (2006).

⁵⁰ C. 1196. XLVI. ORI, 18/12/2012, *Comunidad Aborigen Santuario Tres Pozos y otros c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ Amparo régimen minero*; l. 149. XLIV. ORI, 21/10/2008, *Iannuzzi, Mario c/ Entre Ríos, Provincia de y otros (E.N.) s/ medida cautelar autónoma*; *La Rioja, Provincia de c/ Consejo de la Magistratura y otro s/ acción declarativa de certeza -ley 18.198 nacional electoral*, Fallos: 328: 2429 (2005); *Brandi, Eduardo Alberto c/ Mendoza, Provincia de s/ acción de amparo*, Fallos: 328: 3573 (2005); *Brandi, Eduardo Alberto y otros c/Mendoza, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos: 330: 3109 (2007); M.59.XXXVI. REX, 30/11/2001, *Mosquera, Lucrecia Rosa c/ E.N. (Mrio. de Economía) s/ acción meramente declarativa*; *Fayt, Carlos Santiago c/ E.N. s/ proceso de conocimiento*, Fallos: 322: 1616 (1999); *Gómez Díez, Ricardo y otros c/ PEN - Congreso de la Nación s/ proceso de conocimiento*, Fallos: 322: 528 (1999).

⁵¹ Pueden verse: *Minera del Altiplano SA c/E.N. - PEN y otra s/amparo*, Fallos: 335: 1315 (2012); *Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A.*, Fallos: 333: 447 (2010); *Agüero, Máximo José y Ovejero Cornejo de Agüero, Teresa c/ Banco de la Nación Argentina s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos: 332: 1039 (2009) (voto de la Dra. Argibay); *Coronel, Jorge Fernando c/ E.N. y otros s/ amparo e inconstitucionalidad*, Fallos: 332: 1060 (2009) (voto del Dr. Lorenzetti y de la Dra. Argibay); *Bank Boston N.A c/ Gravano, Ariel Rodolfo y otro s/ e*, Fallos: 332: 373 (2009); *Cohen Arazi, Eduardo c/ E.N. Jefatura de Gabinete - resol. 155/01 y otro s/ empleo público*, Fallos: 330: 5032 (2007) (disidencia del Dr. Zaffaroni); *R. A., D. c/ E.N.*, Fallos: 330: 3853 (2007) (disidencia de los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco); *Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria*, Fallos: 330: 855 (2007); *Dirección Nacional de Migraciones - M° del Interior c/ Valmor S.R.L. (ley 22.439)*, Fallos: 329: 5567 (2006); *Dirección Nacional de Migraciones - M° del Interior c/ Valmor S.R.L. (ley 22.439)*, Fallos:

Finalmente, en el plano de las resoluciones cautelares, se ha afirmado que “una cautelar que suspende la vigencia de toda la norma con efecto *erga omnes*, tienen una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia debe ser evaluada con criterios especialmente estrictos.”⁵² En la misma tesitura, se consideró que “una cautelar que suspende la vigencia de la

329: 5567 (2006) (con remisión al dictamen de la Procuración General); *Alba Angélica Invernizzi -TF 16.764 - I y otro c/ DGI*, Fallos: 329: 5210 (2006); *Grosvald, Gabriel c/ AOL Argentina S.R.L. s/ despido*, Fallos: 329: 4032 (2006); *Fisco Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Nicola, María del Carmen s/ ejecución fiscal*, Fallos: 329: 2152 (2006); *Chiara Díaz, Carlos Alberto c/ Estado provincial s/ acción de ejecución*, Fallos: 329: 385 (2006); *Santiago Dugan Trocello S.R.L. c/ P.E.N. -Mrio. de Economía s/ amparo*, Fallos: 328: 2567 (2005); *Andrada, Roberto Horacio y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios -incidente de beneficio de litigar sin gastos de Luis Alberto Andrada - IN5-*, Fallos: 328: 1416 (2005); *Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN - ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561*, Fallos: 328: 690 (2005) (votos de los Dres. Maqueda y Highton de Nolasco y de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti); *Consultatio S.A. (TF 14.572-Iy acum. 14.573-I) c/ D.G.I.*, Fallos: 328: 456 (2005); *Berón, Luisa Victoriana y otros y sus acumulados c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos*, Fallos: 328: 91 (2005); *Asociación Civil Jockey Club (TF 11.840 - I) c/ D.G.I.*, Fallos: 327: 5614 (2004); *Bustos, Alberto Roque y otros c/ E.N. y otro s/ amparo*, Fallos: 327: 4495 (2004) (mayoría y voto de la Dra. Highton de Nolasco); *Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación c/ E.N. - P.E.N. s/ acción de amparo*, Fallos: 327: 2423 (2004); *Müller, Miguel Ángel c/ P.E.N. -Contaduría General - Ejército Argentino -decreto 430/00 s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 326: 1138 (2003) (voto del Dr. Boggiano); *Tachella, Mabel Angela c/ D.G.I. - Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo*, Fallos: 325: 2600 (2002); *Cámara de Comercio, Industria y Producción c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo*, Fallos: 325: 645 (2002); *A.F.I.P. c/ Povolo, Luis Dino s/ infracción al art. 40 de la ley 11.683*, Fallos: 324: 3345 (2001); *Baterías Sil-Dar S.R.L. c/ Barbeito, Walter s/ sumario*, Fallos: 324: 3184 (2001); *Andresik, Ricardo c/ .E.N.*, Fallos: 324: 2535 (2001) (voto del Dr. Boggiano); *Adamini, Juan Carlos c/ P.E.N. s/ acción de amparo*, Fallos: 323: 2409 (2000); *Guida, Liliana c/ P.E.N. s/ empleo público*, Fallos: 323: 1566 (2000) (voto del Dr. Boggiano); *Lufthansa Líneas Aéreas Alemanas c/ Dirección Nacional de Migraciones - disp. DNM. 4783/96*, Fallos: 322: 2345 (1999); *E.N. (Mrio. de Cultura y Educación) c/ Universidad Nacional de Luján s/ aplicación ley 24.521*, Fallos: 322: 842 (1999); *Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco - rector) c/ E.N. - declaración de inconstitucionalidad- sumario*, Fallos: 322: 919 (1999); *Ortiz Almonacid, Juan Carlos s/ acción de amparo*, Fallos: 322: 385 (1999); *Municipalidad de Avellaneda c/ ENTEL en liquidación s/ ejecución fiscal*, Fallos: 322: 227 (1999); *Niella, Miguel Alberto c/ diario Época y Editora Correntina S.A. s/ ordinario*, Fallos: 321: 2010 (1998); *Vidal, Humberto S. - Fiscal de Cámara Córdoba*, Fallos: 321: 989 (1998); *Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio s/ información sumaria - sumarísimo*, Fallos: 321: 92 (1998); *Sigra SRL. s/ ley 23.771 - Causa n° 2953*, Fallos: 320: 1962 (1997); *Cafés La Virginia SA. c/ Dirección General Impositiva s/ demanda de repetición*, Fallos: 320: 1166 (1997); *Monges, Analía M. c/ UBA. - resol. 2314/95*, Fallos: 319: 3148 (1996); *Partido Alternativa Progresista de Corrientes s/ reconocimiento de personería jurídico - política como partido de distrito*, Fallos: 319: 1640 (1996); *Indo S.A. c/ Fisco Nacional (DGI) s/ repetición (ley 11.683)*, Fallos: 318: 785 (1995); *Krill Producciones Gráficas. SRL. s/ apelación de clausura*, Fallos: 316: 1239 (1993); *Morillas, Juan Simón s/ apelación c/ resolución de la Dirección General Impositiva*, Fallos: 316: 1261 (1993); *Carlos Ignacio Caminal SCA. c/ Fisco Nacional (DGI) s/ nulidad de resolución*, Fallos: 315: 2443 (1992); *Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas causa n° 6491*, Fallos: 314: 424 (1991); *Videla Cuello, Marcelo sucesión de c/ La Rioja, Pcia. de s/ daños y perjuicios*, Fallos: 313: 1638 (1990) (voto de los Dres. Barra y Fayt); *Riveros, Santiago Omar y otros s/ privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc.*, Fallos: 313: 1392 (1990) (voto de los Dres. Petracchi y Oyhanarte); *Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ avocación en autos: Fontenla, Moisés Eduardo c/ E.N.*, Fallos: 313: 863 (1990); *García de Machado, Sara c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba*, Fallos: 312: 1681 (1989); *Partido Peronista Femenino s/ reconocimiento de Personalidad Jurídico Política*, Fallos: 312: 72 (1989); *Laryea S.A. c/ res. n° 387 M.O.S.P.*, Fallos: 310: 1399 (1987); *Ercolano c/ Lanteri de Renshaw*, Fallos: 136: 161 (1922); *Municip. de la Capital c/ Ramos, Eulogio. Manuel Gutiérrez c/ Prov. de San Juan. Medina, David L. c/ Prov. de Tucumán. Ayerza, Alejandro c/ Provincia de Córdoba. S.A.T.I.A. c/ Prov. de Bs. Aires. Bco. Italo Argentino de San Juan c/ Prov. de San Juan. José vivo c/ Municipalidad de la Ciudad de Bs. As. Paul, Eduardo y otro c/ Nación Argentina. Frederking, Gustavo A. y otros c/ Nación. Becú, Carlos T. (Suc.). Cooperativa Eléctrica Bahiense Ltda.*, Fallos: 181: 264 (1938); entre otros.

⁵² *Thomas, Enrique c/E.N.A. s/ amparo*, Fallos: 333: 1023 (2010).

parte esencial de la ley 26.639 tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia, debió ser evaluada con criterios especialmente estrictos que no parecen haber sido considerados en el sub lite⁵³. De este modo, en el campo cautelar, allí donde existe la disyuntiva de analizar o no la existencia de legitimación o caso; allí donde conceder la medida podría considerarse equivalente a dar por verificada la legitimación activa o el recaudo de caso; donde menos prístinamente se advierte la configuración del caso en virtud de la oportunidad temporal en que naturalmente se efectúan los planteos cautelares, la jurisprudencia –como vimos- ha propuesto aplicar el límite menos gravoso, v.gr., la aplicación de un criterio estricto sólo cuando: (i) la parte ha solicitado la suspensión cautelar de (ii) la vigencia de (iii) toda una norma, (iii) con efecto *erga omnes*. De tal modo, queda abierta la posibilidad de pedido de suspensión cautelar de partes de una norma –por ej., parte de su articulado- con efectos no generales sino determinados –por ej., subjetivamente-, o bien, por exclusión, el desplazamiento de este criterio estricto cuando se esté ante una medida cautelar no suspensiva.

2.5. LA LEY FORMAL

Finalmente, existen leyes positivas que impiden que los jueces se erijan en legisladores. Así, el art. Const. Nac. art. 116; la L. 27. El primero exige que los jueces intervengan en causas, es decir, casos o controversias, con lo dicho artículo limitará, los efectos de la decisión judicial, al mentado caso, impidiéndose la transferencia de los efectos a lo que se halle fuera de la causa. Por su parte, la L. 27 reitera el concepto de causa a los fines de que sea instada la labor judicial (art. 1) y establece el recaudo de caso “contencioso”, vedando la actuación de oficio (art. 2) con lo que se exige la instancia de parte. Enfatiza el lenguaje constitucional de “causa” la L. 48 (art. 1). Surge de este lenguaje que se acota la decisión judicial a la causa, instada por la parte, causa de índole siempre contenciosa.

La jurisprudencia ha plasmado estos requisitos en diversos precedentes estableciendo que la jurisdicción federal sólo se ejerce en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte⁵⁴; que la justicia federal nunca procede de oficio y

⁵³ *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/EN s/acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos: 335: 1213 (2012); en igual sentido, *M.185.XLVII Minera Argentina Gold S.A c/ EN*, y *A.138.47 Asociación Obrera Minera (A.O.M.A) y otras c/ EN*, falladas en la misma fecha.

⁵⁴ *F. C. Central c/ Municip. de Alejandro; Miseria, Antonio*, Fallos: 183: 385 (1939); *Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN – PEN - dto. 1517/98 s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 323: 4098 (2000); *Raña, Luis Ángel c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ acción declarativa*, Fallos: 324: 2388 (2001); *Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN – Mrio. de Economía y Obras y Servicios Públicos (monotributo) dto. 885/98 s/ amparo - ley 16.986*, Fallos: 326: 2777 (2003); *Defensor del Pueblo de la Nación - inc. dto. 1316/02 c/EN – PEN dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 330: 2800 (2007).

sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos⁵⁵ en que es requerida a instancia de parte, por lo que se requiere la existencia de una controversia entre partes, en la que pueda existir un derecho lesionado que el pronunciamiento deba reparar⁵⁶; que las declaraciones abstractas⁵⁷ o generales sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas están vedadas a la justicia, exigiéndose su previa aplicación al hecho o caso contencioso producido⁵⁸; que no hay caso o controversia cuando se impugna una convocatoria a consulta popular⁵⁹; que hay causa contenciosa cuando se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas⁶⁰.

3. FACTORES POSITIVOS

Diversos factores, no obstante lo dicho, posibilitarían que, de hecho⁶¹, haya fallos con verdadero valor de ley. Esos fallos imperarían hasta tanto, eventualmente, se produzca la respuesta política de los órganos políticos del Estado encargados de la emisión de actos de alcance general, dentro de su esfera de competencia y respetando los principios que anidan en nuestra Constitución.

⁵⁵ *H.I.R.U. S.R.L. c/ Federación Argentina de Trabajadores de la Industria Gastronómica*, Fallos: 245: 552 (1959); *Banco Popular de La Plata S.A. c/ Banco Central de la República Argentina*, Fallos: 273: 109 (1969); *Raña, Luis Angel c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ acción declarativa*, Fallos: 324: 2388 (2001); *Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN - Mrio. de Economía y Obras y Servicios Públicos (monotributo) dto. 885/98 s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 326: 2777 (2003); *Bravo, Alfredo Pedro (diputado nacional) c/ integrantes de la Cámara Nacional Electoral*, Fallos: 327: 590 (2004); *Halabi, Ernesto c/P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 332: 111 (2009).

⁵⁶ *Gremillón, Plácido. Minas de Epecuén S.A. c/ provincia de Buenos Aires*, Fallos: 210: 897 (1948).

⁵⁷ *Gremillón, Plácido. Minas de Epecuén S.A. c/ provincia de Buenos Aires*, Fallos: 210: 897 (1948).

⁵⁸ *Procurador Fiscal del Juzgado Federal de Salta*, Fallos: 156: 318 (1930).

⁵⁹ *Baeza, Aníbal Roque c/ Nación Argentina. Founrouge, Alberto M.*, Fallos: 306: 1125 (1984).

⁶⁰ *Lorenzo, Constantino c/ Nación Argentina*, Fallos: 307: 2384 (1985); *Klein, Guillermo Walter*, Fallos: 308: 1489 (1986); *Incidente promovido por la querrela s/inconstitucionalidad de decreto*, Fallos: 310: 2342 (1987); *Zaratiegui, Horacio y otros c/ EN s/ nulidad de acto legislativo*, Fallos: 311: 2580 (1988); *Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89*, Fallos: 313: 594 (1990); *Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. Feria 5/94) s/ amparo*, Fallos: 317: 335 (1994); *Ravaglia y otros c/ Provincia de Santa Fe s/ amparo*, Fallos: 317: 1224 (1994); *Pereyra, Eliseo Armando c/ EN y otro (Salta) s/ inconstitucionalidad*, Fallos: 320: 1556 (1997); *Edesur SA. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos: 321: 551 (1998); *Droguería Aries SA. c/ Santa Fe, provincia de y otros s/ inconstitucionalidad*, Fallos: 322: 678 (1999); *Raimbault, Manuel y otros c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa*, Fallos: 324: 2381 (2001); *Porta, Pedro Juan c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa*, Fallos: 325: 474 (2002); *Sindicato Argentino de Docentes Particulares c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de nulidad*, Fallos: 325: 961 (2002); *Baliarda S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad*, Fallos: 326: 2931 (2003); *Viejo Roble S.A. c/ Bank Boston N.A. s/ acción meramente declarativa*, Fallos: 326: 4019 (2003); *Search Organización de Seguridad S.A. c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa*, Fallos: 327: 1813 (2004); *Asociación de Testigos de Jehová c/ Consejo Provincial de Educación del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad*, Fallos: 328: 2966 (2005); *El Muelle Place S.R.L. c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo*, Fallos: 329: 1675 (2006); C. 305. XLIII. COM, 17/10/2007, *Luján, Jorge c/ Perello, Julio s/ejecución*.

⁶¹ El aspecto fáctico, vinculado al *stare decisis*, no de fuente normativa sino fáctica, es propuesto por BIANCHI, Alberto B. De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*). In: **El Derecho Constitucional**, vol. 2000/2001, p. 335-347.

Esos factores pueden ser ordenados según se visualice menos o más nítidamente un caso o controversia, por lo que podemos transitar desde los casos más Factos o teóricos hasta los más concretos o contenciosos. Veamos:

3.1. CASOS ABSTRACTOS

En esta clase pueden ubicarse, a primera vista, fallos como *Halabi*⁶² o *F., A. L.*⁶³. En ambos⁶⁴ falta lo que la jurisprudencia reseñada exigiría bajo el rubro “aplicación de la norma” a efectos de generar el caso contencioso en el que una parte afectada quiera precaverse de los efectos (inconstitucionales) de esa aplicación. En ambos, al momento de ser fallados, esa aplicación se evidencia como permanentemente imposible pues, en el primero, media suspensión de la normativa impugnada, y en el otro, ya ha desaparecido el gravamen al tenerse que fallar: en el primero, la suspensión de la aplicación de la norma subsiste al momento de escribir estas líneas, es decir, hace nueve años⁶⁵; en el segundo, mal se podía debatir la punibilidad del aborto ya consumado, con el respectivo por-nacer ya muerto tras casi tres meses de embarazo⁶⁶. En suma, se advierte, en ambos, la ausencia de “caso a resolver”⁶⁷.

Dada la ausencia de aplicación de una norma a hechos actuales o de aplicación fatal a hechos inminentes, y ante la consecuente carencia de un caso o contienda, la respectiva decisión judicial adquiere tintes teóricos, generales, desprendidos de un caso justiciable y ubicables en el terreno del dictamen u opinión legal esgrimible en toda sede, o en la provincia de la exhortación a los poderes políticos, con la Corte Suprema cumpliendo una suerte de rol de colegisladora, instando ciertos “proyectos legislativos”.

Veo fortalecida esta interpretación a partir del lenguaje adoptado en los dos casos mencionados. En ellos se vuelcan sonoras exhortaciones, a modo de *obiter dictum*.

⁶² *Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04- s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 332: 111 (2009).

⁶³ *F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*, Fallos: 335: 197 (2012).

⁶⁴ Acerca de ellos me permito remitir a SACRISTÁN, Estela B. Subsistencia del gravamen. In: MANILI, Pablo (Coord.). **Máximos precedentes. Derecho constitucional. Corte Suprema de Justicia de la Nación**. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2013 - Recurso extraordinario federal, p. 177/268.

⁶⁵ El sistema informático del Ministerio de Economía (último acceso, 23/7/2014) indica: “Nota Infoleg: Por art. 1° del Decreto N° 357/2005 se suspende la aplicación del presente Decreto”, refiriéndose al Dto. 1563/2004, decreto que luce en la carátula de la causa *Halabi* ya citada.

⁶⁶ Ver cons. 1 y 2 de *F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*, Fallos: 335: 197 (2012). Puede verse ZAMBRANO, Pilar; SACRISTÁN, Estela B. ¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso *F., A. L.* y la relativización de los derechos fundamentales. In: **JA 2012-II**, Buenos Aires, n. 13, 2012, p. 385-402.

⁶⁷ Así, puede decirse que “resulta lógico concluir que cualquier decisión judicial al respecto ya no significaría la solución de un caso ni la determinación de un objeto, por cuanto éste ha desaparecido”, según la clara enseñanza de VANOSI, Jorge R. Jurisdicción y Corte Suprema ante los casos abstractos. In: **Revista Jurídica de Buenos Aires**, Buenos Aires, I-IV, 1963, p. 132, cit. en LAPLACETTE, Carlos J. Exigencias temporales del caso judicial: los casos devenidos abstractos, situaciones limítrofes y discusión sobre su constitucionalidad. In: **Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**, Buenos Aires, 2011, p. 6 - su disertación del 18/5/2011, en sesión privada del Instituto de Política Constitucional.

Pueden verse los considerando finales de *F., A. L.*⁶⁸, donde se expresa:“(...) corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios (...) [que] deberán: contemplar (...); y articular mecanismos que permitan resolver (...); (...) deberá disponerse (...); (...) deberá exigirse (...); se extremen los recaudos (...); deberá asegurarse (...); (...) se considera indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen (...); deberá capacitarse (...)”.

También puede leerse, en *Halabi*: “[E]sta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como (...). Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación (...). Es menester, por lo demás, que se implementen (...)”⁶⁹. En lo esencial, como lo expresara Oteiza, en *Halabi*, la Corte Suprema “describió los estándares mínimos para las acciones por intereses colectivos, con base en las acciones de clase y las acciones por intereses colectivos bajo las leyes de Brasil”⁷⁰.

A la luz de los pasajes transcritos, careciéndose de andamiaje fáctico, es que parecen proyectarse, con efectos generales, las consideraciones del decisor judicial. Esta expansión, por cierto, es bien distinta de la que surge, también de *Halabi*, a la luz de la denominada fuerza del precedente, cuestión que se verá *infra*.

3.2. OTORGAMIENTO DE AMPLIO *STANDING*

El reconocimiento de una legitimación activa o *standing* amplio también facilita la proyección de la sentencia, de hecho, hacia más allá de los litigantes y el caso planteado.

Este otorgamiento de amplia legitimación activa –con todas sus particularidades en el contencioso administrativo⁷¹– puede verificarse de dos maneras: a partir del texto –y su remisión– de la parte resolutive del fallo, o partir del considerando en el cual se analiza la legitimación activa.

Respecto de la primera posibilidad, fue en *Monges*⁷² donde la Corte Suprema dijo: “34) Que, sin perjuicio de la solución a la que aquí se arriba, dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar

⁶⁸ *F., A. L. s/medida autosatisfactiva*, Fallos: 335: 197 (2012), consids. 29 a 31.

⁶⁹ *Halabi, Ernesto c/P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04- s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 332: 111 (2009), cons. 20.

⁷⁰ OTEIZA, Eduardo. Civil Procedure Reforms in Latin America: The Role of the Judge and the Parties in Seeking a Fair Solution. In: **Supreme Court Law Review**, 49 S.C.L.R. (2d), p. 225-246, 2010, p. 240.

⁷¹ Ver, con provecho, ROJAS, Jorge A.. La cuestión de la legitimación en los procesos administrativos. In: **Revista de Derecho Público**, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004-I, p. 57/73.

⁷² *Monges, Analía M. c/ UBA - resol. 2314/95*, Fallos: 319: 3148 (1996).

a la Facultad de Medicina quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el denominado 'Ciclo Básico Común' de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el 'Curso Preuniversitario de Ingreso' creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos. Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada, sin perjuicio de lo dispuesto en el considerando 34".

Respecto de la segunda posibilidad, un claro ejemplo surge de los consids. 24 y 25 de *Ekmekdjian*⁷³, donde se expresara: "24) Que corresponde ahora tratar el tema de la legitimación del actor (...) y, luego de considerar que el actor era "una persona que se ha sentido mortificada en sus sentimientos más profundos", concluyó en que, "ejercido este derecho de responder a los dichos del ofensor, su efecto reparador alcanza, sin duda, al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos (...). Se entrelazan, así, legitimación activa y efectos de la sentencia.

Dentro de la mencionada segunda posibilidad, y evidenciando avances pretorianos, se destaca *Rizzo*⁷⁴, en el cual la Corte Suprema, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2º, 4º, 18 y 30 de la L. 26855 y del Dto. 577/2013, dejando sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico, sin afectar el proceso electoral para cargos de diputados y senadores establecido por decreto 501/13. En el caso, se consideró que el acto tenía un interés concreto, directo e inmediato pues había acreditado su doble condición de "apoderado de una agrupación integrada por abogados de la matrícula federal que participa en los procesos de elección de los representantes de ese estamento técnico en el Consejo de la Magistratura" y, asimismo, de apoderado de una "agrupación proscripta" por en virtud del régimen impugnado⁷⁵. De ello se infiere que la proyección de los efectos de la sentencia se esparcirán de derecho sobre todos los miembros de la agrupación y, ulteriormente, sobre la matrícula toda que potencialmente podría inclinarse por votar a la agrupación proscripta, en el campo donde el precedente cobra efectivos bríos, con toda su fuerza de tal, proyectándose, de hecho, sobre la comunidad política toda.

⁷³ *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*, Fallos: 315: 1492 (1992).

⁷⁴ R.369.XLIX, año 2013, REX *Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo /c P.E.N. Ley 26855 /s medida cautelar*, del 18/6/2013.

⁷⁵ R.369.XLIX, año 2013, REX *Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo /c P.E.N. Ley 26855 /s medida cautelar*, del 18/6/2013, consids. 4 y 5.

La graduación que se advierte, a partir de los tres casos mencionados, parece transitar desde la decisión resolutive misma en *Monges*⁷⁶, hasta la consideración de la legitimación y efectos explícitos en *Ekmekdjian*⁷⁷ hasta la consideración de la legitimación y efectos implícitos en *Rizzo*⁷⁸. En los tres hay efectos amplios de la decisión judicial, expresos o literalmente volcados en los dos primeros casos, y expresos e implícitos en el tercer caso reseñado.

3.3. LA FUERZA DEL PRECEDENTE

Alimentada por la fuerza del precedente –en rigor, por la doctrina de la Corte Suprema que dice que será sancionada con la tacha arbitrariedad una sentencia de un tribunal inferior que se aparte de la jurisprudencia de aquélla sin aportar nuevos argumentos que justifiquen tal apartamiento⁷⁹–, y con efectos amplios, de hecho –en un país que, como el nuestro, carece de *stare decisis* de raigambre positivo-normativista–, cierta jurisprudencia se yergue sobre el margen decisional de los tribunales inferiores y la ciudadanía misma con marcada fortaleza.

Consideremos causas como *Arriola*⁸⁰, *Carranza Latrubesse*⁸¹ o *Soldano*⁸². Después de estos fallos, difícilmente se tengan dudas sobre el umbral de punibilidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal: el carácter vinculante de una recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos; o la legalidad del cargo que dispone el gobierno sin audiencia pública previa para nutrir fondos fiduciarios de la esfera del Ministerio de Planificación. Lo mismo si aún hoy se pretendiera debatir la validez formal de la ley impugnada en *Nobleza Piccardo*⁸³, la legalidad de los medidores de agua en los

⁷⁶ *Monges, Analía M. c/ UBA - resol. 2314/95*, Fallos: 319: 3148 (1996).

⁷⁷ *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*, Fallos: 315: 1492 (1992).

⁷⁸ R.369.XLIX, año 2013, REX *Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c/ P.E.N. Ley 26855 /s medida cautelar*, del 18/6/2013.

⁷⁹ Como enseña el profesor Sagüés, esta doctrina es fruto de un desarrollo jurisprudencial, tiene una jurisprudencia paralela, complementaria, por la cual "si la sentencia impugnada se sustenta en los precedentes análogos decididos por la Corte, tiene que confirmarse el fallo, salvo que se aporten nuevos fundamentos que desvirtúen los que se adujeron en aquellas causas". Conf. SAGÜÉS, Néstor P. *Recurso extraordinario*. t. I. 4. ed. acrt. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 191 y, en general, pp. 182-196 y sus numerosas citas jurisprudenciales.

⁸⁰ *Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080*, Fallos: 332: 1963 (2009).

⁸¹ C. 568. XLIV. RHE, 6/08/2013, *Carranza Latrubesse, Gustavo c/ E.N. – Mrio. de Relaciones Exteriores p Provincia del Chubut s/ proceso de conocimiento*.

⁸² S. 537. XLV. REX, 15/07/2014, *Soldano, Domingo c/ E. N. ley 26095 – Mrio. de Planificación Resol. 2008/06 y otro s/ amparo ley 16986*.

⁸³ *Nobleza Piccardo SAIC. y F. c/ E.N. - Dirección General Impositiva s/ repetición DGI*, Fallos: 321: 3487 (1998).

edificios de propiedad horizontal con cargo prorrateado al consorcio luego de *Defensor del Pueblo*⁸⁴, o la constitucionalidad de la pesificación después de *Massa*⁸⁵.

Empero, esta fuerza del precedente con sus efectos fácticamente expansivos enraíza en la doctrina jurisprudencial de cariz normativo-positivista mencionada al inicio de este acápite, operando bajo la amenaza de sanción en virtud de la doctrina de la arbitrariedad; no porque expresa o implícitamente lo determine -o pueda, con arreglo a Derecho, determinarlo- el respectivo decisorio. Ello permite que, eventualmente, ante un caso posterior, quede espacio, dentro de los bordes de la discrecionalidad judicial⁸⁶, para alguna solución de equidad que clame por un apartamiento por razones de justicia en el caso particular. Caso contrario, los efectos expansivos perviven, y un ejemplo de ello es la línea *Rizzo*⁸⁷ - *Monner Sans*⁸⁸, versando, éste último, sobre rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la L. 26080 relativa al equilibrio en el Consejo de la Magistratura y a la inexistencia de discordancia sustancial entre uno y otro fallo. Bajo el precitado *Monner Sans*⁸⁹, otro planteo más, futuro, sobre inconstitucionalidad de esa ley sería, muy probablemente, rechazado también.

Entiendo que, hasta tanto no se suscite el mentado caso de equidad, los efectos del precedente son, de hecho, generales, amplios, trascendiendo a las partes y derramándose sobre la masa de litigios pendientes y, si se quiere, sobre comunidad toda. Un ejemplo de ello sería la línea *Halabi*⁹⁰ y sus desarrollos, o el precitado *Monner Sans*⁹¹. Como podría afirmar algún magistrado: “Yo legislo, tú legislas, nosotros todos legislamos”⁹², al menos, en el plano de la fuerza fáctica del precedente.

3.4. LEY FORMAL QUE DISPONGA EFECTOS GENERALES

En este renglón puede, finalmente, mencionarse la L. 25.675 de presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo

⁸⁴ *Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. - P.E.N. - Mrio. de Eco. Obras y Serv. Públ.- y otros s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 323: 2519 (2000) y *Defensor del Pueblo de la Nación c/E.N. - P.E.N - Mº de Eco. Obras y Serv. Púb. y otros s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 332: 1759 (2009).

⁸⁵ *Massa, Juan Agustín c/ P.E.N. - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 329: 5913 (2006).

⁸⁶ Sobre la cuestión puede ampliarse en ETCHEVERRY, Juan Bautista. *Discrecionalidad judicial: causas, naturaleza y límites*. In: **Teoría y Derecho**, n.15, sección IV, 2014.

⁸⁷ R.369.XLIX, año 2013, REX *Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo /c P.E.N. Ley 26855 /s medida cautelar*, del 18/6/2013.

⁸⁸ M. 2503. XLII.6/3/2014, *Monner Sans, Ricardo c / EN - Secretaría General Presidencia y otros s/ amparo ley 16.986*.

⁸⁹ M. 2503. XLII.6/3/2014, *Monner Sans, Ricardo c / EN - Secretaría General Presidencia y otros s/ amparo ley 16.986*.

⁹⁰ Ver CSJN, *Halabi*, Fallos: 332: 111 (2009); *Cavaliere, Jorge y otro c/Swiss Medical S.A s/amparo*, Fallos: 335: 1080 (2012); P. 361. XLIII. REX, 21/8/2013, *PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales*; entre otros.

⁹¹ M. 2503. XLII.6/3/2014, *Monner Sans, Ricardo c / EN - Secretaría General Presidencia y otros s/ amparo ley 16.986*.

⁹² La gráfica frase corresponde a GIBSON, Dale. *Judges as Legislators: Not Whether but How*. In: **25 Alta. L. Rev.** 249, pp. 249-263, (1986-1987), esp. p. 249.

sustentable dispone, en su art. 33 que "(...) La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias". Ante la literalidad de esta norma de rango legal formal, la sentencia que tipifique en la prevista en el artículo citado tendrá alcances generales. Ello guarda arreglo con la doctrina conforme la cual "en las acciones que persiguen la protección del medio ambiente se puede apreciar con claridad que el objeto del proceso, además de resultar supraindividual, es indivisible, no existe una posibilidad concreta de advertir de que modo puede apropiarse cada persona individual de su resultado"⁹³, contexto en el cual esa indivisibilidad del bien en juego –el medio ambiente no se puede dividir– es el que marca los efectos generales.

3.5. INACCIÓN DE LOS PODERES POLÍTICOS

La inacción de los poderes políticos puede, en sí misma, provocar la perduración, con efectos amplios, de la decisión judicial que llena el vacío generado por esa inacción de tenor político. Puede considerarse, en este renglón, el legendario *Siri*⁹⁴, que perdurara hasta la sanción de la ley de acción de amparo 16986; *Sejean*⁹⁵, que rigiera hasta la sanción de la ley de matrimonio civil 23515; *Moya*⁹⁶ y *Timerman*⁹⁷, hasta la sanción de la ley de estado de sitio 23098; *Ekmekdjian*⁹⁸ y *Fibraca*⁹⁹, que reinaran en materia de status de los tratados internacionales hasta que se reformara la Constitución en 1994; *Peralta*¹⁰⁰, que inclinara la balanza en forma definitiva a favor del control de constitucionalidad en la acción de amparo con consagración constitucional también en 1994.

4. REFLEXIONES FINALES

Existen familias de casos que pueden ser divisadas como redes; como procesos de determinación de conceptos jurídicos indeterminados, en especial cuando los poderes políticos no llegaron a darles contornos; o como complejos de precedentes con tenor quasi legislativo. Tal fenómeno nos lleva a inquirir en el rol aparentemente legislativo que el decisor judicial puede adoptar (sección 1).

⁹³ ROJAS, Jorge A.. La cuestión de la legitimación en los procesos administrativos. In: **Revista de Derecho Público**, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004-I, p. 69.

⁹⁴ *Siri*, Angel, Fallos: 239: 459 (1957).

⁹⁵ *Sejean*, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean, Fallos: 308: 2268 (1986).

⁹⁶ *Moya*, Benito Alberto, Fallos: 303: 696 (1981).

⁹⁷ *Timerman*, Jacobo, Fallos: 300: 816 (1978).

⁹⁸ *Ekmekdjian*, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros, Fallos: 315: 1492 (1992).

⁹⁹ *Fibraca Constructora SCA. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, Fallos: 316: 1669 (1993).

¹⁰⁰ *Peralta*, Luis Arcenio y otro c/ E.N. - Mrio. de Economía BCRA s/ amparo, Fallos: 313: 1513 (1990).

Los factores negativos, que impiden tener a los jueces por legisladores, comprenden las denominadas “reglas de Cooley” y las “reglas de Brandeis”, sin perjuicio de la propia jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, la doctrina de la separación de poderes y la ley formal misma que desplaza todo espacio para los efectos expansivos de la decisión judicial (sección 2).

Existen, empero, diversos factores que posibilitarían que, de hecho, haya decisivos con verdadero valor de ley. Entre estos factores se pueden enumerar la resolución judicial de casos abstractos carentes de hechos actuales, el reconocimiento de una amplia legitimación lejana al interés jurídicamente protegible, el hecho mismo de la fuerza del precedente, la ley formal que disponga los efectos erga omnes de una sentencia judicial, y, en ciertos supuestos, la inacción de los poderes políticos no obstante haberse producido la decisión judicial (sección 3).

De la suerte de empate teórico que estas doctrinas ponen en evidencia, lo cierto es que puedo percibir dos escenarios que pueden ser tomados en consideración: la asignación, al juez, de un rol similar al legislativo, dada una determinada composición del tribunal, lo cual –se ha dicho¹⁰¹– brinda seguridad jurídica, certeza, previsibilidad, potenciada por los factores que facilitan admitir un rol quasi-legislativo en el juez. Y, por el otro, un escenario de nueva composición del mismo tribunal, con el vacío consecuente creado, ante el cual podríamos hasta temer la generación de ese rol legislativo mediante los factores facilitadores enumerados, y es allí cuando podríamos hasta bregar por el imperio de los factores dirimentes.

El mentado papel quasi legislador, percibido no sincrónica sino diacrónicamente, valioso y disvalioso según la oportunidad en que se lo aprecie, no brinda andamiaje seguro alguno para su evaluación.

Lo que –entiendo– siempre resultará valioso es un labor adjudicativa que, más allá de hacer justicia, bregue por brindar equidad allí donde haga falta. Y como la equidad es la justicia del caso concreto, que morigera o corrige¹⁰² las sobregeneralizaciones en las que el legislador propiamente dicho pueda haber incurrido, allí es donde más necesaria será la presencia de hechos actuales o inminentes, acreditados, objeto del conocimiento del juzgador.

En suma, es en la provincia de la justicia como equidad donde, necesariamente, tendrán que gobernar las reglas más ortodoxas del control judicial, incluidas en los factores que dirimen el rol legislativo de los jueces. Esas reglas –en tanto aplicadas a los hechos– son las que, *a posteriori*, limitarán, naturalmente, los pretendidos efectos

¹⁰¹ D'AMATO, Anthony. Judicial Legislation. In: **1 Cardozo Law Review 63-97**, (1979), esp. p. 85.

¹⁰² “...Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo hubiera estado ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado”; conf. ARISTÓTELES. **Ética Nicomaquea**. Traducción de Antonio Gómez Robledo. 19. ed. México: Porrúa, 2000, p. 71.

generales o quasi-legislativos de la decisión que judicialmente se haya adoptado, neutralizando un hipotético rol legislador en el juez.

5. REFERENCIAS

AQUINO, Santo Tomás de. **Summa Teologica**. [s.l.] [s.n.].

ARISTÓTELES. **Ética Nicomaquea**. Traducción de Antonio Gómez Robledo. 19. ed. México: Porrúa, 2000.

BIANCHI, Alberto B. **Control de constitucionalidad**. 2. ed.. Buenos Aires: Ábaco, 2002.

BIANCHI, Alberto B.. De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*). In: **El Derecho Constitucional**, vol. 2000/2001.

BIDEGAIN, Carlos M. et al. **Curso de Derecho constitucional**. t. IV. rev. y act. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

COOLEY, Thomas. **A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union**. Boston: Little Brown & Co., 1868.

COOLEY, Thomas. **Principios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América**. Tradução de Julio Carrié. Buenos Aires: Jacobo Peuser, 1898.

D'AMATO, Anthony. Judicial Legislation. In: **1 Cardozo Law Review 63-97**, (1979).

ETCHEVERRY, Juan Bautista. Discrecionalidad judicial: causas, naturaleza y límites. In: **Teoría y Derecho**, n. 15, sección IV, 2014.

GIBSON, Dale. Judges as Legislators: Not Whether but How. In: **25 Alta. L. Rev. 249**, pp. 249-263, (1986-1987).

LAPLACETTE, Carlos J.. Exigencias temporales del caso judicial: los casos devenidos abstractos, situaciones limítrofes y discusión sobre su constitucionalidad. In: **Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**, Buenos Aires, 2011.

OTEIZA, Eduardo. Civil Procedure Reforms in Latin America: The Role of the Judge and the Parties in Seeking a Fair Solution. In: **Supreme Court Law Review**, 49 S.C.L.R. (2d), p. 225-246, 2010.

ROJAS, Jorge A.. La cuestión de la legitimación en los procesos administrativos. In: **Revista de Derecho Público**, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004-I.

SACRISTÁN, Estela B.. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ábaco, 2006.

SACRISTÁN, Estela B.. Subsistencia del gravamen. In: MANILI, Pablo (Coord.). **Máximos precedentes. Derecho constitucional. Corte Suprema de Justicia de la Nación**. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2013.

SAGÜÉS, Néstor P. **Recurso extraordinario**. t. I. 4. ed. acrt. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 2002.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. El orden público en el Derecho. In: **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**, Buenos Aires, n. 12.

SCALIA, Antonin. The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers. In: **17 Suffolk U. L. Rev. 881**, Boston, p. 881-899, 1983.

VANOSSI, Jorge R.. Jurisdicción y Corte Suprema ante los casos abstractos. In: **Revista Jurídica de Buenos Aires**, Buenos Aires, I-IV, 1963.

ZAMBRANO, Pilar; SACRISTÁN, Estela B.. ¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso F., A. L. y la relativización de los derechos fundamentales. In: **JA 2012-II**, Buenos Aires, n. 13, 2012.