

**MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL Y COSA JUZGADA:  
LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL COMO  
ÁMBITO TEMÁTICO DE INDAGACIÓN  
DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL\***

CONSTITUTIONAL JUDICIARY AND RES IUDICATA:  
CONSTITUTIONAL *RES IUDICATA* AS THEMATIC FIELD  
OF INVESTIGATION IN CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW

*Victorino Solá Torino\*\**

*“(...) la infalibilidad, si bien puede proclamarla  
la religión, es ajena a toda ciencia”*

Pasquale Tuozi, *L'autorità della cosa giudicata  
nel civile e nel penale*, U.T.E.T., Torino, 1900, p. 11.

*“(...) la justicia de la sentencia no es menos importante  
que la justicia de la ley, pero si la necesidad de la justicia  
de la sentencia no es menos urgente que la de la ley, el peligro  
de la injusticia para ella es más grave”*

Francesco Carnelutti, *Saggi sulla Teoria Integrale  
della Azzione*, Rivista di Diritto Processuale Civile, I-1946-5.

**Resumen:** El presente trabajo indaga en la posibilidad del diseño de un modelo específico de cosa juzgada en el área procesal constitucional: el de la cosa juzgada constitucional; y con el de la construcción de una categoría propia de sentencias: la de las sentencias constitucionales. El estudio de esas cuestiones facilita conocer con claridad los rasgos básicos de las consecuencias de la labor de los Tribunales

---

\* Trabajo recibido para su publicación el 12 de agosto de 2013 y aprobado el 16 de septiembre del mismo año.

\*\* Abogado (UNC). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Especializando en Derecho Procesal Constitucional (UBP). Docente de Derecho Constitucional (FDYCS - UNC) y de Derecho Público (FACEA UCC).

Constitucionales, a la vez que denota un aspecto complejo tanto por la naturaleza de la sentencia constitucional, como por la función de la magistratura constitucional en cada ordenamiento jurídico.

**Palabras-clave:** Cosa juzgada constitucional – Sentencia constitucional – Magistratura constitucional.

**Abstract:** This paper investigates the possibility of designing a specific model of *res iudicata* in the area of constitutional procedural law: the constitutional *res iudicata*, and with the construction of a separate category of judgments: the constitutional rulings. The study of these issues facilitates clearly know the basic features of the consequences of the work of the Constitutional Court, while denoting a complex issue: the nature of the constitutional judgment and the constitutional role of the judiciary in each legal system.

**Keywords:** Constitutional *res iudicata* – Constitutional judgments – Constitutional judiciary.

**Sumario:** -I. Consideraciones preliminares. Los ámbitos temáticos del Derecho Procesal Constitucional. -II. Justicia constitucional, supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad. -III. La sentencia en la secuencia escalonada del Derecho. -IV. La fisonomía de la magistratura constitucional en el Derecho Procesal Constitucional Argentino. -V. La cosa juzgada en clave de Teoría General del Proceso. -La cosa juzgada en clave de Derecho Procesal Constitucional. -El diseño de un paradigma específico de cosa juzgada constitucional. -Estándares y ajustes en el Derecho Procesal Constitucional Comparado. -Configuración y proyecciones en el Derecho Procesal Constitucional Argentino. -VI. Conclusiones. Cuestiones y problemas.

## I. Consideraciones Preliminares. Los ámbitos temáticos del Derecho Procesal Constitucional

1.- A diferencia del patrón metodológico insuflado por la ciencia jurídica de la época positivista, en el que se daba por supuesto el fenómeno del Derecho y se consideraba sólo su forma (1), en la actualidad se ha captado que la rica evolución

---

(1) BODENHEIMER, E. (1940) *Preface ap. Jurisprudence*, McGraw-Hill Book Company, New York, p. VII. En efecto, precisa Marcel Planiol que para François Laurent el texto legal lo era todo, las soluciones injustas o desagradables no le preocupaban, bastaba su aplicación imperturbable, *cfr.* PLANIOL, M. (1931) *Traité Élémentaire de Droit Civil: conforme au programme officiel des Facultés de Droit*, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, París, T. I, p. 50. Sucede que, en particular a comienzos del Siglo XIX y a tenor del *Code Napoléon* de 1804, Roscoe Pound advierte que los juristas franceses decimonónicos –con cita de TOULLIER, C. B. *Droit Civil Français*, 1808, & 14; DEMOLOMBE, C. *Cours de Code Napoléon*, 1845, & 45; DEMANTE, A. M. *Cours Analytique de Code Civil*, 1849, && 1-2; MARCADÉ, V.-N. *Explication du Code Napoléon*, 1859, & 1; LAURENT, A. *Principes du Droit Civil Français*, 1878, & 2- desarrollaron el perfil de la fórmula legal como característicamente imperativa –*characteristically imperative*–, debido al modo de pensamiento político vigente durante el período del gobierno absoluto. De hecho, Francia será el primer país europeo en reducir su Derecho *in totum* a la forma legislativa,

cuantitativa y cualitativa del Derecho Procesal Constitucional trae consigo varios *retos* a los que éste se enfrenta, entre los que se cuentan: la importancia de bosquejar el perímetro y la superficie que abarca su objeto de estudio, para perfilar definitivamente su identidad; la consecuente conveniencia de encontrar fórmulas de sistematización de su contenido que le permitan una coexistencia pacífica y correlacionada con el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional; la instalación de la discusión acerca de si es o no recomendable propiciar su codificación; y la necesidad de afrontar nuevos o reciclados temas puntuales de gran relieve teórico y práctico, que en los albores del Siglo XXI encuadran en el radio de acción de su incumbencia específica (2).

En éste último tramo, bajo la nomenclatura de *ámbitos temáticos por indagar o reenfocar críticamente dentro del campo procesal constitucional* (3), se devela el andamiaje de rubros pendientes de abordar o reexaminar en virtud de que, con frecuencia, aparecen nuevas cuestiones conflictivas o se reinventan aristas de otras que parecían ya solventadas y superadas -*v.gr.* configuración de procesos constitucionales operativos y conducentes, control de constitucionalidad *ex officio*, corrección juris-

---

*cfr.* POUND, R. (2008) *Jurisprudence*, The Lawbook Exchange Ltd. Union, New Jersey, T. I, p. 65, nota a pie 152. Empero, como apunta Mauro Cappelletti, contrariamente a la mayoría de las leyes ordinarias, el fin de las Constituciones -y en el seno de éstas, de las declaraciones de derechos concretamente radica más en la *realización de valores* -dignidad, libertad, democracia, justicia, igualdad, etc.- que en la ordenación de procedimientos. Y ello pese a que aquellas resultan necesariamente sintéticas, vagas, alusivas, en función de que sus preceptos se expresan, con frecuencia, en términos a la vez ambiguos y cargados de valores; de modo que la *precisión* de las *ambigüedades gloriosas* deviene desplegada por la magistratura constitucional: "(...) *la tarea preñada de desafíos de proteger judicialmente los derechos fundamentales, se enfrenta al siguiente dilema: o bien dotar de substancia a esas reglas, conceptos y valores vagos y enigmáticos -evidentemente, una función ampliamente creativa- o bien concebir como no vinculante el núcleo mismo de las Constituciones, es decir, esa parte de las mismas relativa a los derechos fundamentales del individuo frente al Estado. Esta segunda posición difícilmente podría mantenerse. Implica una renuncia por parte de los jueces, cuya función es la protección de los derechos, a la protección de los más importantes de ellos, es decir los derechos fundamentales*", *cfr.* CAPPELLETTI, M. (1984) *Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional ap. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, FAVOREU, L. et al., C.E.P.C., Madrid, pp. 618 y ss.; *vide etiam ibidem*. (1981) "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnel », *Revue Internationale de Droit Comparé*, N° II, V. XXXIII, Société de Législation Comparée, Paris, p. 625.

(2) BAZÁN, V. (2010) *Derecho Procesal Constitucional frente al Siglo XXI: actualidad y desafíos ap. Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, T. I, p. 59; *Idem*, (2007) "Derecho Procesal Constitucional: estado de avances, retos y prospectiva de la disciplina", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México, N° VIII, pp. 89/112; *Idem*, (2011) "Derecho Procesal Constitucional: autonomía científica, codificación y otras cuestiones disputadas", *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 30.11.2011, pp. 3/25.

(3) BAZÁN, V. (2010) *Derecho Procesal Constitucional frente al Siglo XXI: actualidad y desafíos ap. Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, T. I, p. 78.

diccional de las omisiones inconstitucionales, fiscalización constitucional de los tratados internacionales, etc.- (4).

Dicho contenido –indudablemente– trasunta un índice revelador de la *marcha triunfal de la jurisdicción constitucional* (5), en la que arraiga su consideración, auscultada por Ferrajoli, como la conquista más importante del Derecho contemporáneo para el logro de la protección jurisdiccional de la dignidad de las personas y de los derechos fundamentales frente a la ley, los que no podrían sobrevivir si carecen de una tutela eficaz a través del proceso (6).

Carnota puntualiza que la notable expansión que ha registrado, en diversas latitudes del mundo, la justicia constitucional es, sin duda, uno de los *elementos definitorios del Estado Constitucional de Derecho* (7).

2. -Precisamente, desde tal perspectiva *la cosa juzgada constitucional* emerge como elemento cardinal que no sólo engasta un capítulo de la *mélange* temática de la disciplina de marras, pues también tributa, en la empresa gnoseológica de definir su autonomía científica, un dato *addendum* que confirma la configuración y gestión de principios y categorías propios e inherentes a la substancia epistemológica del Derecho Procesal Constitucional.

La presente entrega, en consecuencia, se empeña en indagar en torno a la posibilidad del diseño de un modelo específico de cosa juzgada en el área procesal constitucional, el de la cosa juzgada constitucional; y con el de la hechura de una categoría propia de sentencias, la de las sentencias constitucionales. Es su estudio el que permite conocer con claridad los rasgos básicos de las consecuencias de la labor de los Tribunales Constitucionales, a la vez que denota un tópico ciertamente complejo por

---

(4) BAZÁN, V. (2007) “Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, T. I, pp. 37/61.

(5) HÄBERLE, P. (2001) “La Jurisdicción Constitucional Institucionalizada en el Estado Constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, C.E.P.C., Madrid, N° V, p. 175, no obstante prevenir que “(...) ¡La jurisdicción constitucional no es, a fin de cuentas, ni un seguro de vida jurídico ni político! Su desarrollada comprensión política y pluralista está ligada a toda la cultura de nuestra república. Ello la dota de funciones positivas, pero conduce también a límites...La función de la jurisdicción constitucional es la restricción, racionalización y el control del poder estatal y social; es cooperación material en el consenso básico; estriba en toda nueva protección de las minorías y los débiles, en reaccionar tempestiva y flexiblemente a los nuevos peligros para la dignidad del hombre, en su carácter de respuesta y guía no apolíticas”.

(6) FERRAJOLI, L. (1999) *Derecho y Garantías. La Ley del Más Débil*, Trotta, Madrid, p. 19.

(7) CARNOTA, W. (2011) “La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, N° XV, p. 52.

la naturaleza de la sentencia constitucional como por la función de la magistratura constitucional en cada ordenamiento jurídico (8).

Máxime cuando el *botiquín instrumental de la justicia constitucional* ha ido variando con el tiempo y demuestra hoy en día un *grado considerable de sofisticación*, como la problemática de las sentencias aditivas, manipulativas, sustractivas e interpretativas, que se inscriben dentro de la gran temática de los efectos de la sentencia constitucional, un *campo fértil para la investigación y el estudio del Derecho Procesal Constitucional* (9).

Con tal enclave, primeramente conlleva una postura de *empalme* entre el *prisma constitucionalista* y la *óptica procesalista*, con miras a consolidar al Derecho Procesal Constitucional como disciplina autónoma, a la par que vislumbra, en la inteligencia de Ferrer Mac-Gregor (10), un *diálogo interdisciplinario* que abre nuevos enfoques que auspicien un *estudio con mayor profundidad y en forma integral* de las materias que corresponden a *zonas de confluencia* y que *detentan relación directa con la función del organismos judicial* (11).

Luego, el antedicho examen impone precisiones metodológicas. El análisis en derredor la cosa juzgada constitucional como ámbito temático de indagación del Derecho Procesal Constitucional supone el entendimiento de la teoría del método de una ciencia como una *reflexión sobre su propia actividad*. Ésta no sólo quiere describir los métodos aplicados en dicha ciencia, sino también entenderlos, *i.e.*, visualizar su necesidad, justificación y límites (12). En su mérito, la extensión de la teoría del Derecho

---

(8) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. (2010) "Las sentencias constitucionales en el Derecho Comparado" *ap. Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, T. II, p. 1329. Repárese, como prenda de dificultad de la problemática, en que los registros de Derecho Comparado -anota Ferrer Mac-Gregor- exponen en el sistema de justicia latinoamericano cuatro tipos de magistratura constitucional: a).- Tribunales Constitucionales fuera del Poder Judicial -Chile, Ecuador, Guatemala, Perú-; b).- Tribunales Constitucionales dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial -Bolivia y Colombia-; c).- Salas Constitucionales -El Salvador, Honduras, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela-; d).- Cortes Supremas que, paulatinamente, se han convertido en Tribunales Constitucionales, aunque conservan competencias de legalidad, propias de su ubicación en la cúspide del Poder Judicial -Argentina, Brasil, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay-. Tal figuración se complejiza en función de modelos concentrados -Bolivia, Chile, Costa Rica, Panamá, Paraguay, Uruguay-, difusos -Argentina, Puerto Rico-, duales -Perú- y mixtos -Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, República Dominicana, Venezuela-, *vide* FERRER MAC-GREGOR, E. (2007) "Prólogo" *ap. Estudios Jurídicos*, Escobar Fornos, I. Hispanomer, Mangua, T. I, p. 9.

(9) CARNOTA, W. (2011) "La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, N° XV, p. 53.

(10) FERRER MAC-GREGOR, E. (2008) *Derecho Procesal Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, p. 35.

(11) I Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional -México, 1975-, *cf.* FIX ZAMUDIO, H. - Valencia Carmona, S. (2007) *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, UNAM, México, p. 227.

(12) LARENZ, K. (1966) *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, p. 7.

–en general, como de sus distintas ramificaciones– se identifica con la de los ámbitos de la experiencia a los que puede ser aplicada y en los que sus tesis pueden encontrar respaldo (13). Lo expuesto, aborda –indefectiblemente– la idea de la evidencia como caracterizadora de la razón (14).

Es igualmente claro que las normas jurídicas no son proposiciones teóricas que describen la realidad. Por lo tanto, el sujeto que interpreta el Derecho no busca en él una verdad teórica. El Derecho no es simplemente un conocimiento. Desde el punto de vista social, la actividad judicial es ejercicio del poder. El papel del Derecho consiste en respaldar las decisiones tomadas en este procedimiento de ejercicio del poder (15).

Se ha advertido que una metodología jurídica permanece incompleta si ella no incluye también la pregunta por la idea del Derecho, sin una indagación que avance hacia su fundamentación filosófica (16) y, en cuya virtud, se revelen, inclusive, capítulos de filosofía práctica (17). Así no debe extrañar –apunta Piero Calamandrei– que si bien la justicia sea considerada como una de las condiciones indispensables para asegurar al hombre la libertad, esto es, para darle la posibilidad de vivir con dignidad en condiciones de afirmar y desarrollar su persona moral en la sociedad (18), su realización no se evada de las dificultades que se suscitan en torno a la naturaleza concreta de los hechos, pues tal es –directamente– la materia de las cosas prácticas (19).

Es éste el carácter problemático que define, con frecuencia, al pensamiento jurídico, esbozándolo como un rasgo específico (20) y a la jurisprudencia como una técnica al servicio de los puntos esenciales del pensamiento problemático –tópica– (21). En

---

(13) FERRAJOLI, L. (2011) *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, T. I, p. 5.

(14) PERELMAN, CH. – OLBRECHTS TYTECA, L. (1989) *Tratado de la Argumentación*, Gredos, Madrid, p. 33.

(15) AARNIO, A. (1987) *The rational as reasonable*, Reidel, Dordrecht, p. XIII.

(16) SCHAPP, J. (1983) *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*, J.C.B. Mohr, Tübingen, p. 5 y ss., para quien la síntesis de la metodología jurídica se desbroza en los siguientes interrogantes: 1. ¿Cómo aplica el juez la ley al caso que debe ser decidido por él?; 2. ¿Cómo se interpretan las leyes?; 3. ¿Existe la idea del derecho o un principio de la justicia, y cuál es el significado que tiene esta idea o este principio para la búsqueda del derecho en cuestión? Para un análisis histórico y comparatista de la metodología jurídica, vide FIKENTSCHER, W. (1975) *Methoden des Rechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr.

(17) MÜLLER, F. (1971) *Juristische Methodik*, Duncker & Humblot, Berlin, p. 85.

(18) CALAMANDREI, P. (1968) “Appunti sul concetto di legalità” ap. *Opere giuridiche*, Cappelletti, M. –Ed.–, Morano, Napoli, 1968, V. III, p. 111.

(19) ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V. 10, 1137b.

(20) KALINOWSKI, G. (1966) « De la spécificité du logique juridique » ap. *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, Paris, N° XI, p. 26.

(21) VIEHWEG, T. (1974) *Topik und Jurisprudenz*, Beck, Munich, p. 97.

definitiva, la propuesta -que entraña la necesidad de identificar criterios científicamente asentados en torno al perfil singular de la cosa juzgada constitucional- se descubre como una muestra precisa para que el operador de la Constitución asuma la *praxis* jurídica (22), a la vez que denota que en toda sociedad moderna hay diferentes concepciones para casi todos los problemas prácticos (23).

## II. Justicia constitucional, supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad

3.-Uno de los fenómenos más importantes en la evolución de la Ciencia Jurídica, enseña Cappelletti, radica en el nacimiento y expansión de los sistemas de *justicia constitucional*, en virtud de los cuales, ciertos tribunales, habitualmente denominados Cortes o Tribunales Constitucionales, asumen la misión de controlar la conformidad de la ley -y de cualquier otro acto emanado de los órganos públicos, diferente a la ley- con la Constitución (24).

La supremacía de la Constitución -*suprématie de la Constitution*- entiende Burdeau, supone que todo el orden jurídico reposa sobre ella y, en consecuencia, ésta se exhibe como el origen de toda actividad jurídica (25), determinando que las disposiciones constitucionales produzcan efectos para todos respecto de su contenido -*suprématie matérielle*-, y no sólo en orden a las formas a través de las cuales resul-

---

(22) DWORKIN, R. (1992) *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, p. 17 y ss.

(23) ALEXY, R. (2008) *Teoría de la Argumentación Jurídica*, C.E.P.C., Madrid, p. 33.

(24) CAPPELLETTI, M. (1981) « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnel », *Revue Internationale de Droit Comparé*, N° II, V. XXXIII, Société de Législation Comparée, Paris, p. 625. En este sentido, Fernández Segado anota que uno de los acontecimientos más remarcables del sistema jurisdiccional moderno radica en la consolidación y universalización de la justicia constitucional, mediante el establecimiento de mecanismos de defensa del orden constitucional, *cfr.* FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2004) "La justice constitutionnel devant le siclé XXI", *Rivista de Scienza Giuridiche*, Anno LI, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, p. 311. Almagro Nosete conceptualiza a la justicia constitucional como el "...conjunto orgánico de instituciones y actividades que tiene por fin directo remediar los agravios generales o particulares cometidos contra la Constitución...", *cfr.* ALMAGRO NOSETE, J. (1980) *Justicia Constitucional*, Dykinson, Madrid, p. 4. Para un estudio histórico-comparativo y estructural de los sistemas de justicia constitucional, *vide in extenso* CAPPELLETTI, M. (1971) *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis -en versión italiana, consúltese *Idem*, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 34 y ss.-; HAU-RIOU, M. (1966) *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Montchrestien, p. 402 y ss., 766 y ss.; BURDEAU, G. (1980) *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, L.G.D.J., París, p. 102 y ss.; *Idem*, *Droit Constitutionnel*, L.G.D.J., París, p. 85 y ss., 1988; PRÉLOT, M. - BOULOUIS, J. (1978) *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Dalloz, París, p. 212 y ss.; CADART, J. (1975) *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, L.G.D.J., París, T. II, p. 147; RUBIO LLORENTE, F. (1997) "Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa" *ap. Homenaje académico a Manuel Fraga*, Fundación Canovas del Castillo, Madrid, T. II, p. 141 y ss.; VOLPE, G. (1977) *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, p. 166 y ss.; PIZZORUSSO, A. (1992) "I sistema di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi", en *Quaderni Costituzionali*, Anno II, N° III, p. 521 y ss., *inter alia*.

(25) BURDEAU, G., *op. cit.*, p. 74.

tan dictadas -*suprémative formelle*- (26). Y en buena lógica, destaca Jeanneau (27), la supremacía constitucional apela a la organización de un control que garantice la conformidad de las leyes con la Constitución, en el que se reconozca la superioridad -*supériorité*- de la ley constitucional sobre la normación ordinaria.

En efecto, la hegemonía jurídica de las disposiciones constitucionales limita toda acción normativa, a través de lo que Barhélémy-Duez califican como un principio generador de legalidad y estabilidad jurídica, encarnado en la democracia organizada: *el dominio de la ley constitucional cerca el de la legislación ordinaria*. La Constitución, por tanto, se compone de las reglas capitales que constituyen los fundamentos de toda normación -pública o privada- (28).

En consecuencia, estima Carnota, emerge un perfil definido: el Derecho Constitucional es un *Derecho de Límites*, de lo contrario la parte axial de la Constitución se pierde (29).

El pensamiento contemporáneo en torno a la defensa de las normas constitucionales resulta tributario de una larga tradición que persiste a lo largo de los siglos, puesto que, en el fondo, precisa Fix Zamudio (30), no entraña más que un reflejo de luz permanente de la lucha del hombre por su libertad frente a la autoridad del poder político, a través de un orden jurídico superior. Precisamente, la idea de defensa de un orden superior deviene inherente a la historia de la humanidad, idea intemporal

---

(26) BURDEAU, G. (1980) *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, L.G.D.J., Paris, p. 80. En efecto, observa Ferrajoli, que este Derecho sobre el Derecho, este sistema de normas metalegales -en que consisten las actuales Constituciones rígidas- no se limita a regular, pues, la forma de producción del Derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que, además, vincula sus contenidos mediante normas sustanciales sobre la producción -como lo son las que enuncian derechos fundamentales-. Para que una ley sea válida es necesario que no sólo sus formas, es decir, los procedimientos de formación de los actos legislativos, sean conformes, sino también que su sustancia, esto es, sus significados y contenidos, sean coherentes con las normas constitucionales que disciplinan su producción. Las dimensiones formal y sustancial de la democracia resultan anudadas en el paradigma constitucional, *cfr.* FERRAJOLI, L. (2011) *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, pp. 33-34. Para una lectura clásica, la ley material refiere a toda decisión que crea un derecho nuevo con fuerza obligatoria, mientras que por ley formal sólo aquella emanada de un órgano legislativo, *cfr.* DUGUIT, L. (1927) *Traité de Droit Constitutionnel*, Bocard, T. II, pp. 170-214. Y tal distinción se dispone, desde tal perspectiva, plenamente vinculada al objeto mismo de la ciencia jurídica constitucional; el que se integra, entre otros, con la forma y los órganos gubernamentales como con los límites del Estado respecto de los derechos, *cfr.* ESMEIN, A. (1921) *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, Sirey, Paris, T. I, p. 1.

(27) JEANNEAU, B. (1991) *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Dalloz, Paris, p. 95. En este sentido, *vide* TROPER, M. (2006) *Terminer la Révolution: la Constitution de 1795*, Fayard, p. 208.

(28) BARHELEMY, J. - DUEZ, P. (1933) *Traité de Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris, pp. 183, 186, 763. Asimismo *vide* BARHELEMY, J. (1938) *Précis de Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris, p. 104 y ss.

(29) CARNOTA, W. (2009) *Normas Constitucionales. Su elaboración*, Legis, Buenos Aires, p. 138.

(30) FIX ZAMUDIO, H. (1984) *La Constitución y su defensa*, UNAM, México, p. 11.



que adquiere concreto vigor en la imbricación entre justicia constitucional y democracia (31).

4. Ahora bien, la *fuerza normativa de una Constitución* radica tanto en su capacidad de adaptación a los cambios que se producen en la realidad que regula, como en su permanencia. Pero su permanencia, estima Hesse, no se garantiza con su inmutabilidad sino en su aplicación, y se salvaguarda mediante el establecimiento de *sistemas de control de la constitucionalidad*, dirigidos a impedir la aplicación de normas -generales e individuales- que contravienen los contenidos de la preceptuación suprema (32). Existe, por tanto, una tendencia neta a reforzar el valor de las reglas constitucionales, y no sólo elevándolas sobre el plano de los actos normativos ordinarios (33).

En efecto, la *magistratura constitucional* en cuanto órgano de la jurisdicción constitucional cumplimenta la *función de control de constitucionalidad* -*judicial review*, *Normenkontrolle*, *sindacato di legittimitá costituzionale*, *remedium iuris*-, el que implica -aduce Maurice Duverger- un mecanismo jurídico formal que, en el marco de las Constituciones rígidas -distinción entre norma ordinaria y norma constitucional-, verifica la compatibilidad entre las disposiciones de la Constitución y las reglas de jerarquía inferior, prevaleciendo el criterio normativo constitucional por resultar *lex superior* -*lex legum*, *norma normorum*, *Grundnorm*, *higher law*- (34).

---

(31) CAPPELLETTI, M. (1987) "El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo", en *La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado*, UNAM, México, pp. 193 y ss.

(32) HESSE, C. (1992) *La fuerza normativa de la Constitución*, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. pp. 59 y ss.

(33) DAVID, R. (1992) *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, Dalloz, París, p. 85; *vide Idem* (2010) *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, UNAM. México.

(34) DUVERGER, M. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, P.U.F., París, 1966, p. 222. En términos genéricos, Capelletti explica que el control de constitucionalidad implica aquel instrumento de la Constitución, destinado a protegerla, en función del cual el órgano de control declara nula una disposición normativa por vicios de inconstitucionalidad, *cfr.* CAPPELLETTI, M. *El control judicial de constitucionalidad de las leyes*, UNAM, México, 1966, p. 50. Fix Zamudio plantea la consideración del control de constitucionalidad como institución adjetiva o procesal, no sustantiva, conformada para señalar el procedimiento que debe observar el órgano de control constitucional para prevenir y reprimir las violaciones a la Ley Suprema y mantener y reintegrar el orden fundamental infringido, *cfr.* FIX ZAMUDIO, H. "Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 1, Año I, México, 1968, p. 36. En el contexto de la inspección de constitucionalidad por justicia no especializada, John Rawls observa que la democracia constitucional es dualista: distingue el poder constituyente del poder ordinario, así como la ley suprema del pueblo de la ley ordinaria de los cuerpos legislativos. La supremacía parlamentaria es rechazada. La noción de un tribunal supremo se compadece bien con la idea de una democracia constitucional dualista en la medida que es uno de los mecanismos institucionales encargados de proteger la ley suprema, *cfr.* RAWLS, J. *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005, p. 233. *Vide etiam* ACKERMAN, B. "Constitutional Politics/Constitutional Law", *Yale Law Journal*, 99-1989-464.

Desde esta vertiente si una Constitución -*Verfassung*- ha de ser mantenida, necesita de un guardián (35), capítulo dogmático que generó *la batalla para el examen jurisdiccional de las leyes -der Kampf um richterliche Prüfungsrecht-* (36). De ello se sigue que para el modelo de procedimiento de contralor jurisdiccional (37), la interpretación judicial de la ley, puntualiza Ferrajoli, importa siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas, de modo que implica interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación.

---

(35) FRIEDRICH, C. (1968) *Constitutional government and democracy*, Blaisdell, Massachusetts, p. 249.

(36) SONTHEIMER, K. (1968) *Antidemokratischen Denken in der Weimarer Republik*, München, p. 75. Ciertamente, en el III Congreso de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público -*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler*-, de fecha 29 y 30 de Marzo de 1926, se libró la contienda por la reivindicación del control material de constitucionalidad material de la ley. Poco tiempo antes del Congreso de Múnster de 1926, el Tribunal Supremo Alemán -*Reichsgericht*- en la célebre sentencia del 4 de Noviembre de 1925, resolvió que "...en el planteo del control de constitucionalidad material de la ley, la sumisión del juez a la Ley no excluye que el propio juez rechace la validez de la Ley del Reich o de algunas de sus disposiciones, en la medida en que las mismas se opongan a otras disposiciones que hubieren de considerarse preeminentes, debiendo por ello mismo ser observadas por el Juez..." Tras el célebre fallo del Tribunal cimero alemán, sustentado no en una precisa norma constitucional, sino en la intrínseca fuerza del principio de que si en la jerarquía de fuentes se dispone supraordinariamente la norma constitucional, ésta debe prevalecer sobre la norma inferior, la justicia constitucional desaparecerá de inmediato en la Alemania del *Tercer Reich*. No obstante, ello no impidió el interés científico por esclarecer el alcance y significado de la Defensa de la Constitución, a partir de la polémica entre Karl Schmitt en su obra *Der Hüter der Verfassung* -El defensor de la Constitución- de 1931 y la réplica de Hans Kelsen *Wer soll der Hüter der Verfassung sein* -Quién debe ser el defensor de la Constitución- del mismo año. Cuadra destacar que en Alemania el control constitucional reconocía antecedentes en los siglos XV y XVI en el Tribunal del Imperio y en el Consejo Imperial, en cuanto órganos especializados con la función de salvaguarda de los derechos individuales, como así también en la Constitución de 1849 -*Frankfurter Reichsverfassung*- que estatúa un mecanismo de control judicial de normas y preveía recursos de inconstitucionalidad, sin perjuicio de que la Constitución Imperial de Weimar en su Artículo 19 previó la existencia del Tribunal de Justicia Constitucional -*Staatsgerichtsbarkeit*- y que a partir de la Ley Fundamental de 1949 se instituye, en rigor técnico, la jurisdicción constitucional ejercida por el Tribunal Constitucional Federal -*Bundesverfassungsgerichts*-, reglamentado por Ley del 12 de Marzo de 1.951 -BGBl, I, 1.951, 243-, vide al respecto SCHEUNER, U. (1976) "Die Überlieferung der Deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert", ap. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, V. I, Starck, Ch. -Editor-, Erster Band, p. 1 y ss.; HESSE, C. (1998) "Estudios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana" ap. *Teoría y Realidad Constitucional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, N° I, p. 101.

(37) JEANNEAU, B. (1991) *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Dalloz, París, pp. 96 y ss., para quien si bien la historia enseña el hecho de distinguir dos suertes de sistemas: aquel que confía el control de constitucionalidad de las leyes a un órgano político, de aquel que lo atribuye a un órgano jurisdiccional, la experiencia reciente confirma que sólo éstos últimos se comprueban como eficaces. Vide etiam. BARHELEMY, J. - DUEZ, P. (1933) *Traité de Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris, p. 207.

ción en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad (38). En suma, supone para Duguit (39) el reconocimiento a los tribunales del derecho de apreciar la constitucionalidad de las leyes y refusing la aplicación de aquellas que juzguen inconstitucionales.

Cuando la sentencia constitucional establece la inadecuación con el principio de supremacía constitucional, actúa un poder emanado de la Ley Fundamental –*superior paramount law, Grundgesetz*– y determina al legislador un exceso o déficit en sus competencias y una disconformidad con los contenidos materiales fundamentales, o bien, al intérprete del producto normativo el vicio u error en la aplicación del mismo al caso generador de proceso concreto.

Tal virtualidad en el modelo desconcentrado o americano, en la caracterización de Calamandrei (40), resulta de una declaración de inconstitucionalidad que inhibe

---

(38) FERRAJOLI, L. (2004) *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, p. 26. La célebre decisión del juez Marshall en 1803, enseña Burdeau, se fundamenta en la superioridad de la Constitución y en el rol que les incumbe a los jueces de hacer prevalecer la regla superior, *cf.* BURDEAU, G. (1980) *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, L.G.D.J., París, p. 106. Sostiene Santi Romano que toda Constitución se resuelve siempre en un Derecho Constitucional y que la Constitución, en su primer aspecto, mejor como norma se presenta como un sistema de engranajes en el cual se concreta la estructura fundamental de la institución del Estado. Dentro del Derecho estatal, es el primer inicio, el punto inicial, la base de todas las demás partes, precisamente por ello es siempre y en todos los casos parte integrante e inseparable, *vide* ROMANO, S. (1947) *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Milano, Giuffré, pp. 3 y ss. Si se reconoce como núcleo de la Teoría de la Constitución a la limitación y control de los detentadores del poder, se admite la dotación de un estatuto jurídico con régimen de garantía de los derechos de la personalidad humana y de la ciudadanía respecto de la conducta jurídica de los departamentos del poder que ejercen las funciones del Estado, como el establecimiento de un orden general y vinculatoria de competencias, *vide* LOEWENSTEIN, K. (1979) *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, p. 29; POSADA, A. (1930) *El régimen constitucional: esencia y forma*, Madrid, p. 133; VERDÚ, L. (1958) *Introducción al Derecho Político*, Bosch, Barcelona, p. 95, y se concluye que la crítica, el enjuiciamiento, la apreciación real y concreta del sistema normativo resulta ser tarea ineludible, en el confronto del dato fáctico con pautas de valor y criterios de justicia, *VIDE* BIDART CAMPOS, G. (1967) *Derecho Constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, T. I, p. 56.

(39) DUGUIT, L. (1927) *Traité de Droit Constitutionnel*, Boccard, T. III, p. 674. En este sentido, *vide* RIPERT, G. - BOULANGER, J. - PLANIOL, M. (1956) *Traité de Droit Civil: d'après le Traité de Planiol*, L.G.D.J., París, T. I, p. 92, para quienes una ley contraria a la Constitución deviene nula, sin perjuicio de que postular la inadmisibilidad en Francia de que los tribunales de justicia puedan rehusar la aplicación de una ley por el motivo en cuya virtud se la reputa anticonstitucional. No obstante, con arreglo a la reforma constitucional de 2008 y a su posterior reglamentación por Ley Orgánica del 10 de diciembre de 2009 –en vigor desde el 1 de marzo de 2010–, el Artículo 61-I de la Constitución Francesa prevé la cuestión previa de inconstitucionalidad –*question prioritaire de constitutionnalité*– en función de la cual se habilita a todo justiciable el planteo de inconstitucionalidad de una disposición legislativa en ocasión de un proceso sustanciado por ante una jurisdicción administrativa o jurisdiccional, si estima que atenta contra derechos y libertades garantizados por el bloque de constitucionalidad –*bloc de constitutionnalité*–, el que luce integrado por la Constitución del 4 de octubre de 1958 y los textos reenviados en su Preámbulo: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Preámbulo de la Constitución de 1946 y Carta del Ambiente de 2004.

(40) CALAMANDREI, P. (1996) “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil” *ap. Estudios sobre el proceso civil*, El Foro, Buenos Aires, T. III, p. 21.

la aplicación del precepto al caso concreto, y cuyo pronunciamiento de disconformidad constitucional opera como una declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente con efectos *ex tunc e inter partes*. De conformidad con lo expuesto, Capelletti entiende que en el sistema de inspección difuso –*judicial review of legislation*– cuando un tribunal en ejercicio de su jurisdicción declara nula una ley por vicios de inconstitucionalidad, no es sino el instrumento de la Constitución destinado a protegerla, postulando que la función que desarrolla la magistratura constitucional es netamente jurisdiccional por cuanto, si se considera que la actuación del tribunal es propia de un legislador, sus decisiones no vinculan a los jueces cuya libertad para interpretar la ley se mantiene inalterable y sólo producen efecto cuando el precepto legal cuestionado es declarado inconstitucional (41). Dicho diseño de ingeniería procesal constitucional, como se advertirá, descubre un tópico de problematización en torno al valor de las directrices de interpretación esbozadas por las Cortes Constitucionales y a la denuncia de invasión por el juez constitucional de la esfera de competencias legisferantes (42).

---

(41) CAPELLETTI, M. (1966) *El control judicial de constitucionalidad de las leyes*, UNAM, México, p. 60. En tal supuesto, se predica que la misión de la justicia es aplicar e interpretar la norma legal, pero no por encima de la suprallegalidad de la disposición constitucional, en razón de que el juez tiene el imperativo de aplicar e interpretar el ordenamiento *in totum* de conformidad con la Constitución, inaplicando la norma por vicios de inconstitucionalidad, *cf.* FORSTHOFF, E. (1996) *El Estado Social*, C.E.P.C., Madrid, p. 43. También se anota desde tal perspectiva, que cuando surja ante el juez la cuestión de legitimidad-eficacia constitucional, éste detenta el poder de revisión de constitucionalidad de las leyes, resolviéndola respecto del caso concreto y aplicándolas o no según resulten conformes o no a la Constitución, *cf.* REDENTI, E. (1957) *Derecho Procesal Civil*, EJEA, Buenos Aires, T. I, p. 41. El tópico no resultó ajeno al análisis de Alberdi: “*La Corte Suprema declara inconstitucionales a las leyes que lo son. No las deroga, porque no tiene poder de legislar. Declarada inconstitucional la ley, sigue siendo ley hasta que el Congreso la deroga*”, *vide* ALBERDI, J. (1979) *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, EEEFL, Buenos Aires, p. 111.

(42) GOZAÍNI, O. (1999) *Derecho Procesal Constitucional*, UB, Buenos Aires, pp. 82 y ss., define a la censura revistada *ut supra* como estéril en la medida que tiende a preservar un ámbito de competencias que, en realidad, no resulta alterado. García de Enterría apunta, en tal sentido, que el principio asambleario jacobino ha sostenido durante mucho tiempo la negación de la legitimidad de un Tribunal que pudiese anular por inconstitucionales los productos normativos de la Asamblea. Al hilo de este argumento y de una esperanza en la conquista futura de esa arma revolucionaria se han invocado argumentos accesorios: el Derecho es prevalentemente un instrumento de conservación y no de transformación; el Tribunal Constitucional se presenta, en nombre de una legitimidad superior, como un dique contra la mutación profunda que sólo las Cámaras pueden emprende, *vide* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981) “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, C.E.P.C., Madrid, V. I, N° I, p. 70. Sobre la cuestión, *vide etiam* LOEWENSTEIN, K. (1994) “La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista de Estudios Políticos*, pp. 5 y ss. En rigor, las críticas a partir del precedente *Marbury vs. Madison* de la Suprema Corte Americana advendrán en cuanto al ejercicio político, más no en orden a su existencia jurídica, *vide* DUVERGER, M. (1966) *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, P.U.F., París, p. 256. Sobre el rol político-jurisdiccional que se concreta sea en un control de federalismo, sea en un control de constitucionalidad de leyes ordinarias, *vide* HAURIOU, M. (1966) *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Montchrestien, p. 403.

### III. La sentencia en la secuencia escalonada del Derecho

5. -Ross observa que en la derivación lógica del principio de supralegalidad fundamental, dado que las reglas de cambio *-Änderungsregeln-* de una norma forma parte de sus condiciones constitutivas ello implica necesariamente que las reglas referidas a las circunstancias bajo las cuales es posible modificar una norma perteneciente a un determinado escalón de la estructura normativa del Derecho, no pueden ser consideradas como pertenecientes al mismo escalón (43). Todo acto u norma que inficione la normación fundamental, por vicio de incongruencia u incompatibilidad sustancial y formal con la normación de jerarquía superior escalonaría, deviene anticonstitucional y, por ende, resulta inaplicable en el caso concreto.

De las consideraciones que preceden no se evade el producto normativo propio de la función judicial, *i.e.*, la sentencia. En efecto, Kelsen (44) tuvo el mérito de destacar que no se agota en la interpretación de la ley la tarea del juez; en la concepción kelseniana, el juzgador en la resolución del conflicto, crea una verdadera norma individual *-lex specialis-*, de manera que la mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, de aplicación y de creación del Derecho; las decisiones judiciales crean normas

---

(43) ROSS, A. (2007) *Teoría de las Fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del Derecho Positivo*, C.E.P.C., Madrid, p. 428. Schmitt, en la revista de posibilidades del control de constitucionalidad, reconocía: "(...) una ley más débil no puede, naturalmente, proteger o garantizar a otra que sea más sólida (...) se trata de la protección y defensa de la ley formulada en la Constitución, no de la simple ley (...)", *cf.* SCHMITT, K. (1931) *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución*, Labor, Madrid, p. 53. En efecto, la Constitución, explica Ross, exhibe un rasgo particular que la caracteriza, vale decir, es un *primado jurídico-epistemológico* en relación a una determinada forma y un determinado contenido; en orden a la forma la Constitución, a diferencia de la ley, debe provenir necesariamente de un constituyente específico o hallarse supuesta como norma fundamental., mientras que en relación al contenido, en cuanto fundamento epistémico de la ley, debe necesariamente comprender las condiciones de existencia de ésta, *cf.* ROSS, A., *op. cit.*, p. 437. La función legislativa es esencialmente innovadora del ordenamiento jurídico; para el legislador no existen otras trabas legales que las derivadas del principio de jerarquía, *cf.* GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1978) *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, Civitas, Madrid, T. I, p. 142. En suma, la ley inconstitucional *-rectius*, acto legislativo- es inválida en el sentido de su no pertenencia al sistema jurídico dado que no satisface las condiciones para su sanción establecidas por las normas del sistema, *cf.* NINO, C. (1997) *La Constitución en la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 265; BULYGIN, E. (1997) "Sentencia judicial y creación del Derecho", en *Análisis Lógico y Derecho*, C.E.C., Madrid, p. 355.

(44) KELSEN, H. (1979) *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, p. 154. Desde una perspectiva de Teoría General del Derecho, Bobbio plantea el dilema pertinente al binomio creación-descubrimiento, señalando que las diferencias entre el positivismo jurídico y sus oponentes comienza cuando se intenta determinar la naturaleza cognoscitiva o teórica de la función interpretativa de la jurisprudencia. Para el primero, es una actividad estrictamente reproductiva o declarativa de un derecho preexistente, esto es, conocimiento pasivo y contemplativo de un objeto dado, deudor de una gnoseología de tipo realista y de una concepción estática que se limita a la reconstrucción pasiva de la voluntad subjetiva del legislador que ha establecido las normas. Para sus adversarios, es una actividad creativa o productiva de Derecho nuevo, es decir, conocimiento activo que el mismo sujeto que conoce contribuye a producir, tributario de una gnoseología de tipo idealista y de una concepción dinámica que no se limita a la letra de ley, sino que trasciende a su espíritu, sin dejar de adecuar la norma que se interpreta a las condiciones histórico-sociales, *cf.* BOBBIO, N. (1998) *El Positivismo Jurídico*, Debate, Madrid, p. 237.

individuales, referidas a normas generales, en la misma forma en que la ley es referida a la Constitución (45).

En este sentido, Carnelutti estima que la sentencia es una *lex specialis* con igual eficacia que la *lex generalis*, destacando que es la norma jurídica que el Estado dicta, a través de sus órganos jurisdiccionales, para el caso concreto sometido a su decisión (46). Incluso, añade Hart, si los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de una que regla haya sido transgredida, no puede evitarse que ellas sean consideradas como determinaciones revestidas de autoridad acerca cuáles son esas reglas (47).

Ocurre, en consecuencia, que no todo orden válido tiene necesariamente un carácter abstracto y general: el *precepto jurídico* válido y la *decisión jurídica* de un caso concreto en modo alguno estuvieron tan separados entre sí como hoy es el caso normal. Un orden *puede* aparecer también como orden únicamente de una situación concreta (48).

No obstante, también se registran diversos enfoques sobre el tópico. Ross postula que la fuente última del Derecho, esto es, el fundamento que permite identificar a algo como Derecho es el *sistema*, esto es, la correlación recíproca, la expresión normativa correspondiente a la totalidad de las acciones sociales. De modo que la verdad jurídica reposa en el sistema. Así como está justificado sostener que la *práctica jurisdiccional* es Derecho porque se basa en la ley, también lo está que la *ley* es Derecho porque es aplicada por la práctica. Bajo esta premisa, una vez superado el relativismo de una perspectiva únicamente deductiva de la relación entre ley y sentencia, para la cual la ley, dado su formulación de abstracción y generalidad, es presupuesto de la nor-

---

(45) KELSEN, H. (1979) *Teoría General del Derecho y Estado*, UNAM, México, p. 195.

(46) CARNELUTTI, F. (1944) *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Uthea, Buenos Aires, T. I, p. 96. Cossio aduce que el juez, no solo descubre el significado de la letra de la ley; también desarrolla una labor de creación, toda vez que crea normas individualizadas, sin que por ello, llegue a suplir la ley, ni a ejercitar la función legisferante, pues el espacio que la ley señala lo autodetermina. En consecuencia, reconoce que el Derecho está dotado de contenido axiológico, que repudia toda arbitrariedad, de sustrato sociológico y exigencia de vigencia efectiva, planteando la necesidad de hallar un método adecuado a la naturaleza de su contenido en el marco de un trabajo científico, *cf.* COSSIO, C. (1939) *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, Losada, Buenos Aires, p. 101 y ss. En la inteligencia de que toda actividad interpretativa, es actividad creativa, también se pronuncia Soler, al concluir que lo importante no es lo que el juez piensa, sino lo que decide. La teoría de la interpretación consiste en la teoría de la decisión, y no en un arsenal de reglas gramaticales y lógicas, *cf.* SOLER, S. (1956) *Fe en el Derecho*, TEA, Buenos Aires, p. 246. En todo caso, la función del juez es creadora en el sentido preciso de convertir una norma general en particular, sin suprimir, ni relajar su obediencia al orden jurídico positivo, pero reconociendo que éste no se agota en las leyes, *cf.* RECASENS SICHENS, L. (1959) *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, p. 628.

(47) HART, H. (1963) *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 120.

(48) WEBER, M. (1992) *Economía y sociedad*, F.C.E., México, pp. 27-29, para quien un orden debe llamarse *Derecho* cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la *coacción* (física o psíquica) ejercida por un *cuadro de individuos* instituidos con la misión de obligar la observancia de ese orden o castigar su transgresión.

ma judicial concreta, deducible de la norma legal, se comprende que la misma no es de supra o infra ordenación absoluta sino de *correlación y coordinación*. Tanto la ley como la sentencia resultan subordinadas al sistema, la última instancia a la que debe accederse para conocer la concreta orientación de la correlación (49).

Kaufmann concibe que la sentencia judicial, en cuanto acto de decisión jurídica, no resulta ajena al proceso de creación del Derecho, el cual no se consume en una metodología de subsunción sino a través de su articulación con un elemento racional analógico (50). Para otra tesis, la regla de Derecho no surge ni de una *naturaleza*, reputada siempre igual, ni simplemente de la *ley*, formulada como abstracta y general, pues de aquellos emerge mediante la jurisprudencia, en cuanto *acto de conformación procesal*, el Derecho concreto, sujeto a una labor de comprensión orientada conforme al sentido, dentro de un proceso subjetivo-objetivo (51).

También se anotan posiciones para las que la sentencia judicial endereza un *acto de justicia profesional*, que implica una *actividad de descubrimiento*, no de producción, en el entendimiento de que interpretar consiste en el descubrimiento preciso del alcance de la norma, en determinar su exacto sentido y procurar la conciliación de la norma con la realidad colectiva (52).

---

(49) ROSS, A. (2007) *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del Derecho Positivo*, C.E.P.C., Madrid, p. 397. Sobre la problemática, *vide* CARRIÓ, G. (1994) *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 105. El problema principal de la jurisdicción, recuerda Satta, radica en que “...se estudia en una visión estática, es decir, con una serie de abstracciones y conceptualizaciones. Se ha objetivizado el ordenamiento mismo y luego por reflejo las posiciones subjetivas que de él derivan y que el garantiza, ha configurado la ley con una entidad absoluta y por sí misma, a la cual ha contribuido una voluntad, expresada en un precepto y en una sanción...la realidad solo parecía como algo extraño y externo, un reflejo, o como solía decirse, un espejo de aquella existencia,...la jurisdicción venía a tener un rol secundario y ciertamente pasivo, una función de mera declaración...El defecto de esta concepción radica en que en que se olvida que el ordenamiento no vive en lo abstracto, sino en lo concreto...”, *cfr.* SATTA, S. (1979) *Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, T. I, p. 8. Tales consideraciones resultan aplicables al sistema difuso de inspección de constitucionalidad, sin perjuicio de la coherencia del pensamiento kelseniano en orden al sistema concentrado de control de constitucionalidad -*Verfassungsgerichtsbarkeit*- en el que resultando los efectos derogatorios y *erga omnes* concluía: “Aplicando la constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes inconstitucionales, el Tribunal constitucional no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea oficia de legislador negativo...”, *cfr.* KELSEN, H. (1995) *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, p. 36.

(50) KAUFMANN, A. (1997) *Rechtsphilosophie*, Beck, München, p. 133.

(51) GADAMER, G.H. (1986) *Hermenéutica I. Wahrheit und Methode*, Mohr, Tübingen, pp. 270 y ss.

(52) ORGAZ, A. (1955) *Introducción Enciclopédica al Derecho y las Ciencias Sociales*, Assandri, Córdoba, p. 102. En este parecer, Ravignani, sostiene que el poder soberano es el poder de la ley, mientras el poder de los jueces de ningún modo hace la ley, sino una réplica, aunque digna de la más alta consideración, *vide* RAVIGNANI, E. (1927) *Historia Constitucional de la República Argentina*, Peuser, Buenos Aires, p. 149, T. II. Para los comentaristas del *Code Napoléon*, en teoría, la interpretación es explicación de la ley: interpretar es describir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No consiste en cambiar, modificar, innovar, sino en declarar, reconocer. La interpretación puede ser más o menos ingeniosa y sutil; puede a veces atribuir al legislador vistas, o intenciones que no tuvo; mejores o peores, pero es *necesario que no tenga la pretensión de haber inventado; de otro modo, dejará de ser*

Con esta enclave, en virtud del principio republicano de gobierno, se reputa inaceptable en un Estado Constitucional de Derecho, el reconocimiento al órgano del Poder Judicial, de una atribución creativa de Derecho, pues ella atentaría contra un axioma republicano basamental: división de poderes. Ello, no impide inhibir la trascendencia del Derecho judicial, pero de manera alguna supone tolerar que los jueces puedan crear normas con el mismo valor que los preceptos constitucionales o infraconstitucionales (53). Finalmente, se entiende que la sentencia no crea Derecho nuevo, ya que la jurisprudencia no produce normas jurídicas *ex novo*, sino que atestigua cual es el Derecho vigente, por lo que aunque no nuevo, es el realmente vigente y operante (54). Se aduce, en consecuencia, la existencia de una regla de Derecho *in concreto* emitida por el órgano jurisdiccional, aunque subordinada a la superioridad

---

*interpretación*, cfr. DEMOLOMBE, C. (1845) *Cours de Code Civil*, Durand, París, T. I, p. 126. Y ello, debido a que la codificación, según Portalis, era el más grande bien que se podía dar y recibir, compenetrada de la idea de la Revolución de sustituir la ambición de la unidad, inherente a la consideración monárquica de que *L'Etat c'est moi*, por la de una codificación única, idéntica para todos, que despejara el riesgo de un regimen de diversidad con arreglo a costumbres, instituciones y leyes particulares de cada comarca: *la revolución, desde los primeros días de 1789, tuvo la ambición de reemplazar los diversos Derechos por una ley común, la même pour tous*, cfr. LAURENT, F. (1869) *Principes de Droit Civil*, B.C. & C., París-Bruxelles, T. I, p. 18. De tal guisa, para Zacharie, *la interpretación de la ley es gramatical ó lógica*: la primera procede sobre el *texto* de la ley para la obtención de su sentido, mientras que la segunda sobre la *razón o motivo* de la ley, pero siempre *ex rationem legum*. Ahora bien, si el texto de la ley es claro, no tiene más sentido que el que presenta, mientras que si es oscuro, deben recurrirse a los motivos de la ley, aunque, claro está, siempre bajo la égida del axioma *cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*, o bien, del canon a disposition *Ubi lex non distinguit neque interpretis est distinguere*, cfr. ZACHARIE, K.S. (1854) *Le Droit Civil Français*, Durand, París, T. I, pp. 52-54. Bajo tales premisas, la fisonomía de la doctrina de las fuentes del Derecho resulta simple: la única fuente del Derecho es la autoridad de la ley en el sentido formal del término, las decisiones deben basarse en reglas legales *-ideology of bound judicial decision-making-*, vide WRÓBLEWSKY, J. (1992) *The Judicial Application of Law*, Kluwer, Netherlands, p. 291. Ello luce coherente con la concepción extendida en la literatura francesa, para la cual la función jurisdiccional no tiene más objeto que el de aplicar a los casos concretos sometidos a los tribunales las reglas abstractas formuladas por las leyes, de la que deduce que trasunta una mera operación de ejecución de leyes y que no configura como un departamento del poder estatal, distinto al de las restantes ramas del gobierno. Este principio devino sostenido, originariamente, por la Revolución Francesa de 1789 y luego expuesto, mayoritariamente, en la Asamblea Constituyente, cfr. CARRÉ DE MALBERG, R. (1998) *Teoría General del Estado*, FCE, México, p. 628. Cazalés concreta al respecto *"El Poder Judicial, por mucho que de él hayan dicho los publicistas, sólo es una simple función, ya que consiste en la aplicación pura y simple de la ley"*, vide Archives Parlementaires, V. XV, p. 392.

(53) LINARES QUINTANA, S. (1988) *Reglas para la Interpretación Constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, pp. 11 y ss. Se observa que desde esta perspectiva, la jurisprudencia revela un ámbito reducido en el sistema de fuentes del Derecho. Y ello como consecuencia de dos *idéas-forces*: el principio de legalidad o de fuerza vinculante de la ley y el clásico requerimiento de independencia del órgano judicial, vide MACCORMICK, N. (1997) *Interpreting precedents: A comparative study*, Ashgate-Dartmouth, p. 290.

(54) BIDART CAMPOS, G. (1964) *Derecho Constitucional. Realidad, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, T. I, p. 82. En esta posición, para la doctrina alemana decimonónica la resolución judicial consistía en aplicar el Derecho vigente a un estado de cosas concreto, de tal suerte que las consecuencias de este Derecho se presentaran por sí mismas como una necesidad intrínseca, cfr. LABAND, P. (1900) *Droit Public de l'Empire Allemand*, Giard & Brière, París, T.II, p. 514; vide etiam *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Mohr, 1888. En este sentido, Meyer anota que la justicia *-Rechtspflege-* revela una actividad que tiene por objeto asegurar la conservación *-Aufre-*



del precepto genérico e *in abstracto* del legislador –*leges vincem non obtinet*–. En esta orientación, Duguit (55) postula que juzgar es reconocer la existencia, bien de una regla de derecho, bien de una situación de derecho: el juez no realiza un acto de voluntad, sino que reconoce el Derecho y deduce la conclusión lógica.

Tanto Jellinek (56) como Carré de Malberg (57) destacan que el juez tiene una misión creadora en el sentido de que una disposición legislativa sólo adquiere su completo desarrollo y alcance definitivo mediante la aplicación jurisdiccional que de la misma hacen los tribunales: estos añaden algo a la legislación, por lo mismo que deducen las consecuencias de las mismas y fijan sus detalles de aplicación; pero tal actividad jurisdiccional no implica en el juez, realmente y en su totalidad, un poder de creación del Derecho, pues las soluciones adoptadas por los tribunales hallan su origen primer en una disposición legislativa, no son sino la ejecución de algún principio contenido en la legislación y están contenidas, al menos en embrión, en los textos legales.

Sentado ello, la hermenéutica constitucional de la Suprema Corte Federal refiere sobre el punto que:

*“...los jueces, en cuanto servidores del Derecho para la realización de la Justicia, no pueden prescindir de la búsqueda de la significación de las normas aplicables al caso que asegure su versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu. El natural respeto a la voluntad de la ley no implica admitir soluciones notoriamente injustas...”* (58).

A la par que se destaca:

*“...la jurisprudencia tiene valor análogo a la ley, porque integra con ella una realidad jurídica; no es norma nueva, sino norma interpretada cumpliendo su función rectora en el caso concreto que a través de la sentencia decide...”* (59).

---

*chterhaltung*- del orden jurídico existente, vide MEYER, G. (1895) *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Duncker & Humblot, p. 22.

(55) DUGUIT, L. (1927) *Traité de Droit Constitutionnel*, Boccard, T. I, p. 263; *Idem* (1923) *Manuel de Droit Constitutionnel: théorie générale de l'État, le droit et l'État, les libertés publiques, l'organisation politique de la France*, Boccard, pp. 89, 118.

(56) JELLINEK, G. (1911) *L'Etat moderne et son droit*, Giard & Briere, París, T. II, p. 332.

(57) CARRE DE MALBERG, R. (1998) *Teoría General del Estado*, F.C.E., México, pp. 637-638; *vide etiam*, *Idem* (1922) *Contribution a la Théorie Générale de l'Etat*, Sirey, Paris. Para el autor citado, aún en los casos en los que se admita que el juez cree Derecho, éste -a diferencia del legislador- sólo puede estatuir sobre lo que habrá de juzgar, su sentencia en ningún caso puede contravenir ni derogar las leyes vigentes y le está vedado pronunciarse por vía de deposición general, concluyendo que en todos estos aspectos no tiene el acto jurisdiccional la potestad del acto legislativo, *vide* CARRÉ DE MALBERG, R., *op. cit.*, p. 681.

(58) CSJN, Fallos 44:50.

(59) CSJN, Fallos 215:420. En efecto, no sólo la voluntad de la ley no puede llevar a admitir soluciones injustas, sino que, los jueces juzgan según la ley y no desde la ley, la cual no agota el concepto de

Con tal lectura, que repele un modelo de *Constitución-Estatua* o *Constitución-Testamento*, no puede circunscribirse al órgano jurisdiccional en la elaboración del acto sentencial a la calidad de *la bouche qui prononce les paroles de la loi* (60), y por ende, a un rol repetidor, reproductor de la letra constitucional, debiendo desenvolver, compatibilizar e integrar y hasta adaptar la misma, en un rol creativo e innovador: a)- en primer término, si una norma constitucional presenta deficiencias, dudas, silencios, lagunas, carencias dikelógicas, insuficiencias, omisiones, etc. y genera diversas variables interpretativas, debiendo escogerse la que mejor consulte con una interpretación dinámica, teleológica e integral de la Carta Magna, lo que implica un acto creativo de opción constituyente, al decidir cuál es la interpretación válida.; b)- en segundo término, si la disposición constitucional es clara, tendrá, de todos modos, que desplegarla, captando situaciones fácticas no imaginadas por el constituyente en el precepto positivo, en una labor de desarrollo constitucional, fijando la extensión, límites y profundidad del precepto constitucional (61).

Se sigue que sin caer en extremismos polares, como el reduccionismo de cuño kelseniano o la Escuela libre del Derecho, que anulan o ensanchan al infinito las posibilidades de la jurisprudencia, respectivamente, es dable resaltar la función no meramente aplicadora, sino creativa, de la labor de los jueces, volcadas en sus pronunciamientos o sentencias (62).

Por último, se verifican análisis para los cuales la sentencia, entendida como fallo judicial que pone fin a una controversia que versa sobre un conflicto de intereses o sobre la procedencia de una sanción, resulta una *entidad compleja que contiene tanto normas individuales como generales*, desde que mientras el fundamento normativo de la resolución consta de enunciados normativos generales, la parte dispositiva implica una norma individual que se refiere a la conducta de individuos determinados y a prestaciones o sanciones concretas. Tal entendimiento deriva que el juez, en sentido relevante, no crea normas individuales, aunque en los casos no previstos por el orden jurídico sí resulta autorizado para crear una norma general que permita fundamentar su decisión. En última instancia, una contribución importante por parte del juez a la creación del Derecho constituye la formulación de definiciones de conceptos jurídicos (63).

Sobre tal construcción, Pietro Sanchís explica que la fórmula *creación judicial* admite dos sentidos: uno, que todas o algunas decisiones judiciales crean Derecho para el caso concreto que resuelven, esto es, que las decisiones judiciales se fundan, en

---

Derecho, en razón de que lo es también, el Derecho judicial, el que puede ser sustento suficiente de sentencia, *vide* BIELSA, R. (1961) *Metodología Jurídica*, Castellví, Santa Fé, p. 454.

(60) DE SECONDAT MONTESQUIEU, C. (1822) *Del espíritu de las leyes*, Nacional, Madrid, XI, VI.

(61) SAGÜÉS, N. (1998) *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, p. 36. *Vide etiam*, CAPPELLETTI, M. (1984) *Giudici Legislativi?*, Giuffrè, Milano, pp. 10 y 63.

(62) CARNOTA, W. (2012) *Tratado de los Tratados Internacionales*, La Ley, Buenos Aires, T. I, p. 42.

(63) BULYGIN, E. (1997) "Sentencia judicial y creación del Derecho", en *Análisis Lógico y Derecho*, C.E.P.C., Madrid, p. 355.

parte, en lo establecido por disposiciones legales y en parte en criterios normativos creados por el Tribunal; otro, que las decisiones judiciales tiene eficacia general y deben ser tomadas en el futuro por todos los operadores jurídicos para la resolución de los casos, lo que plantea el problema de la vinculatoriedad de la jurisprudencia (64).

Los distintos registros de teorías precedentemente anotados pueden ser discutidos, en sus respectivas diferencias y convergencias, y en realidad lo son; más se consolida un resultado tipificado como irreversible: la negación radical de la tesis del formalismo interpretativo tradicional por el cual dado un enunciado normativo, existiría un significado verdadero, objetivo y dado *a priori*, que espera sólo ser encontrado y descubierto por el intérprete (65). Tampoco puede marginarse que el alcance del poder creativo de la jurisprudencia, registra patrones diversos en el Derecho Comparado, puesto que la situación de los ordenamientos romano-germánicos deviene *inversamente proporcional* a la del sistema del *common law* (66).

#### IV. La fisonomía de la magistratura constitucional en el Derecho Procesal Constitucional Argentino

6. En los sistemas de control difuso, como el disciplinado en el sistema constitucional argentino (67), el mecanismo de revisión de constitucionalidad se exhibe

---

(64) PRIETO SANCHÍS, L. (2005) *Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, p. 214.

(65) TARUFFO, M. (2006) *El vértice ambiguo*, Palestra, Lima, p. 109.

(66) DAVID, R. (1992) *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, Dalloz, París, pp. 104 y ss., para quien entre las reglas de Derecho que se producen a través de la jurisprudencia y las que se crean por la vía legislativa, existen diferencias importantes, entre ellas, la importancia relativa que en un sistema específico se les confiera a unas y a otras, la jurisprudencia debe insertarse dentro de los marcos de derecho establecidos por el legislador, mientras que la actividad del legislador, es justamente de establecer dichos marcos de legalidad, concluyendo que el alcance del poder creativo jurisprudencial es por lo mismo restringido.

(67) El Alto Tribunal Federal ha reseñado al respecto, en oportunidad reciente, que: “...*El Derecho Constitucional Comparado conoce dos modelos puros u originarios de control de constitucionalidad: el difuso o estadounidense y el centralizado o austríaco. Conforme al primer modelo, cualquier juez puede en un proceso declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, sentenciar sin aplicarla. Conforme al segundo modelo, un único tribunal puede juzgar la inconstitucionalidad de la norma, pero en caso que lo haga ésta no sólo no se aplica al caso sino que pierde vigencia erga omnes. El derecho comparado conoce también modelos impuros o combinados, que sin perjuicio de la facultad de todos los jueces de declarar la inconstitucionalidad de la norma y no aplicarla en la sentencia, admiten también la existencia de un único tribunal con competencia para conocer de ella y hacerle perder vigencia erga omnes. No existe ningún modelo impuro en el mundo que combine los modelos puros en forma que la competencia para hacer caer erga omnes la vigencia de la norma se disperse en todos los jueces, simplemente porque la dispersión de una potestad contralegislativa de semejante magnitud es inimaginable, dado que abriría el camino hacia la anarquía poniendo en peligro la vigencia de todas las leyes...*”, vide CSJN, Fallos 333:1023. Zagrebelsky anota que en el sistema concentrado, se visualiza el rol normativo de la Corte Costituzionale en un doble sentido: en el de producción inmediata de reglas jurídicas no legislativas – *Corte legislatore*– y en el de participación en el proceso legislativo – *Corte co-legislatore*–, y en sintonía con dos instrumentos operativos: la *sentenze-legge*, aquella a través de las cuales el Tribunal Constitucional crea Derecho *ex novo* sin necesidad de intermediación de sujetos

descentralizado o desconcentrado –difuso–, pues resulta ejercitado por los órganos *in totum* del Poder Judicial. No obstante, si bien no se conforma un monopolio en la competencia del control de constitucionalidad, el órgano de mayor jerarquía, en la organización judicial nacional, es la Corte Suprema de Justicia de la Nación –Artículos 31, 43, 108, 112, 116 y 117 de la Constitución Nacional– (68).

Si se repara en su código de jurisprudencia constitucional se advierte, a tenor de la doctrina sentada *in re* Fisco Nacional v. Ocampo, Manuel, en 1872, que:

*“La Corte Suprema es el tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción, como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación. Sus decisiones son finales. Ningún Tribunal las puede revocar. Representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones”* (69).

En efecto, el Estado Constitucional de Derecho receptó el aporte, y con el formuló su esquema jurídico-político, del dogma de la división de funciones del poder estatal, del control de constitucionalidad y de la protección de los derechos humanos (70).

---

normativos y *sentenze-indirizzo*, es decir, aquellas sentencias que sin crear *per se* nuevo Derecho, movilizan a los órganos legislativos, orientado sus decisiones en forma unificada, *cf.* ZAGREBELSKY, G. (1982) “La Corte Costituzionale e il Legislatore” *ap. Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, pp. 103 y ss. Ahora bien, en el Derecho Comparado, se han erigido en paradigma de la fiscalización concentrada de constitucionalidad: el Consejo Constitucional Francés, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el Tribunal Constitucional Español, etc.; empero, no se verifican registros de sistemas puros, en función de variantes de control incidental y principal, abstracto y concreto. Asimismo, en el ordenamiento fundamental brasileño se combinan elementos de control difuso y concentrado, éste último por ante el Supremo Tribunal Federal pergeñando un modelo mixto. O bien, el sistema de control jurisdiccional difuso se flexibiliza con la concesión de diseños de control concentrado, como acaece en el Derecho Constitucional Mexicano con la atribución de la Corte Suprema de conocer y resolver procesos de inconstitucionalidad en abstracto y con efectos generales. Lo expuesto, sin perjuicio del diseño de una modelo dual o paralelo de justicia constitucional, a tenor de la coexistencia en el sistema de jurisdicción constitucional peruana de los modelos europeo y americano sin mezclarse, deformarse o desnaturalizarse, como acaece en los modelos mixtos, *cf.* GARCÍA BELAUNDE, D. (1998) “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo” *ap. La Justicia Constitucional a finales del Siglo XX*, I.C.P.D.C., N° VI, Palestra, Lima, pp. 139 y ss. En efecto, el Artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Perú, Ley N° 28301, reza: “(...) *El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás constitucionales...*”.

(68) Sobre los distintos alcances del término Corte Suprema, *vide* MACCORMICK, N. (1997) *Interpreting precedents: A comparative study*, Ashgate-Dartmouth, p. 357.

(69) CSJN, Fallos 12:134. El Tribunal Constitucional Federal Alemán se califica como *intérprete decisivo y protector de la Constitución*, *cf.* BVerfGE 40, 88 (93), mientras que la Suprema Corte Norteamericana se ha instituido como el intérprete final y obligatorio de la Constitución –*final and authoritative expositor of the Constitution*–, cuya exégesis de la Constitución forma parte de la misma, *cf.* Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, 17-19 (1958).

(70) ROMERO, C. E., *La Corte Suprema y la interpretación constitucional*, L.L., T. 110, p. 1124. En este sentido, Louis Favoreu puntualiza: “(...) *A partir del trabajo de Lambert, “Le gouvernement des juges”, la*

En un plan de recíprocas restricciones, equilibrios y contrapesos -*checks and balances*-, el Poder Judicial asume la función de aplicar e interpretar la ley en los casos que se susciten conflictos sobre lo que se ha hecho u omitido bajo el imperio de la Constitución, de modo que tomando todas las precauciones que mejor consulten al cumplimiento de los fines del gobierno y a la defensa de las libertades y garantías individuales, la Ley Fundamental establece a la Corte Suprema de Justicia como tribunal superior en el orden nacional y en el ejercicio de sus facultades, como árbitro real de la supremacía de la Constitución e ilustrado e independiente para dirimir todo conflicto o duda en el sentido y aplicación de la Constitución en los casos litigiosos (71).

---

*referencia exclusiva y obligada al Tribunal Supremo forma parte de la mitología constitucional: el único sistema válido es el norteamericano, aunque peligroso porque conduce al gobierno de los jueces...Las proposiciones parlamentarias europeas tienden a establecer Tribunales Supremos que se parecen a los Tribunales Constitucionales. Adoptemos un lenguaje claro: el Tribunal Supremo de tipo americano es el tribunal situado en la cima del edificio jurisdiccional, con competencias de juez constitucional, Consejo de Estado y Tribunal Supremo, mientras que el Tribunal Constitucional del modelo europeo -alemán, austriaco, italiano- es la jurisdicción constituida específicamente para conocer litigios constitucionales e independientes del sistema jurisdiccional ordinario....el contraste se evita suprimiendo la falta de conocimiento del derecho extranjero y comparado...”, cfr. FAVOREU, L. (1984) “Informe General Introductorio” ap. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, C.E.P.C., Madrid, p. 17.*

(71) GARCÍA, R. (1863) *Estudios sobre la aplicación de la Justicia Federal de Norte América*, Imprenta Bettini, T. VIII, p. 600. La concepción decimonónica con arreglo a la cual la primera fuente del Derecho Constitucional es la Constitución misma, vide DEL VALLE, A. (1897) *Derecho Constitucional*, Imprenta La Buenos Aires, Buenos Aires, p. 5, desconocía la expansión que, ulteriormente, los compromisos regionales y comunitarios de los Estados habrían de imprimir a la técnica del control. Y ello sin perjuicio de que el pensamiento constitucionalista ya había racionalizado la idea de que resultando el Derecho Constitucional *técnica de la libertad* y el Derecho Internacional *técnica de la paz*, la Constitución del Estado democrático importaba en sí misma una garantía de observación de las reglas internacionales, vide MIRKINE DE GUETZÉVITCH, B. (1936) “Derecho Constitucional Internacional”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 32. En orden a la articulación de los Tribunales Supremos Nacionales y los Tribunales Supremos Comunitarios, Rubio Llorente estima, con basamento en el Derecho Comunitario Europeo, que “...ha de conciliar dos lógicas distintas. La lógica de la integración, que si ha de mantenerse y progresar exige que el derecho europeo prevalezca sobre los derechos nacionales y sea interpretado de manera uniforme por los jueces de todos los estados, y la lógica de la soberanía, que fundamenta en cada Constitución nacional el poder de los órganos y la validez del derecho...”, cfr. RUBIO LLORENTE, F. (1996) *El constitucionalismo de los estados integrados de Europa*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año XVI, N° 48, Madrid, p. 31. Ello hilvana, indudablemente, en la necesidad de “...replicar con firmeza a quienes desearían una ridícula «guerra del Simmenthal» entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas. Una riña grotesca en la que el Tribunal italiano permanecería totalmente aislado al sostener una tesis errónea de sabor nacionalista y, por si fuera poco, inviable. Si Europa ha logrado un progreso en el plano jurídico-normativo al que no se debe renunciar, ese progreso se encuentra precisamente en aquella serie de arrêts célebres en las que el Tribunal de Justicia, desde 1963-64 en adelante, ha afirmado y defendido el principio de la aplicabilidad directa y la supremacía del Derecho comunitario (sentencias Van Cend en Loos, Costa v. ENEL, etc.). Nadie querrá seriamente ver destruido lo poco que se ha logrado, con gran esfuerzo, en la tentativa de recobrar algo de cohesión y una luz de futuro para Europa. Una Europa que, merced a la exasperación y degeneración de la ideología del Estado-Nación, ha sido el centro de tragedias muy dolorosas: entre ellas, dos guerras mundiales”, cfr. CAPPELLETTI, M. (1982) “El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: Sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año II, N° IV, Madrid, pp. 32-33. En relación a la pareja jueces-procesos de integración y fisonomía del control de convencionalidad ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por los jueces domésticos en función de la opera-

Bajo tales premisas, se perfila la observación, no descarnada de polémica (72),

tividad supranacional de la Convención Americana de Derechos Humanos, *vide in extenso* CARNOTA, W. (2012) *Tratado de los Tratados Internacionales*, La Ley, Buenos Aires, T. I, p. 33 y ss; *Idem* (2011) "La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, N° XV, p. 52 y ss. *Vide etiam* BAZÁN, V. (2012) *El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas ap. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El control de convencionalidad*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, pp. 17 y ss; SAGÜÉS, N. "El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales", *La Ley*, 2009-B-761; *Idem*. "Jurisdicción internacional y jurisdicción nacional", *LL*, 1986-B-1015; GIALDINO, R. "Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio", *LL*, 2008-C-1295; GELLI, A. "La supremacía de la Corte Argentina y la jurisprudencia internacional", *LL* 2003-F-1454; HITTERS, J. "Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos", *LL*, 2003-D-1373; *Idem*. "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?", *La Ley* 2008-E-1169; *Idem*. "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación", *LL*, 27.07.2009; REY CANTOR, E. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, México; GORDILLO, A. "La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el orden interno", *LL* 1993-A-115; GOZÁÑI, O. (1992) *El proceso transnacional*, Ediar, Buenos Aires, p. 31, 33 y 37; MORELLO, A. (1994) *El proceso justo*, Platense, La Plata, pp. 593 y ss. La Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re* Almonacid Arellano v. Chile refirió que "(...) es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, obligados a aplicar las disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos", *cf.* CIDH, Serie C N° 154, 26.09.2006. La Corte Federal *in re* Mazzeo, J. se explayó en torno al Considerando 124 del pronunciamiento interamericano: "(...) el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250). En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana..." *cf.* CSJN, Fallos 330: 3248. Con posterioridad, *in re* Videla, J. y otro el Alto Tribunal desplegó el control de convencionalidad *ex officio*, *cf.* CSJN, Fallos 327:3117, a instancias de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída *in re* Trabajadores Cesados del Congreso -Aguado Alfaro y otros- vs. Perú, Serie C N° 158, 24.11.2006.

Y ello así atento a que se estima que el último standard o criterio de constitucionalidad es la Constitución misma y no lo que los jueces dicen de ella -*the ultimate touchstone of constitutionality is the Constitution itself, and not what we have said about it*-, *cf.* voto concurrente de Justice Frankfurter -*concurring opinion*- *in re* Graves v. New York, 306 U.S. 466 (1939), sin perjuicio de reconocer previamente que la exégesis judicial es inevitable con referencia a una ley orgánica como lo es Constitución, elaborada intencionalmente con vaguedad con el propósito de dejar espacio para el futuro desarrollo. En función de lo reseñado, se sigue que lo que conduce a reputar a un acto del gobierno como inconstitucional no es el anuncio de que el Poder Judicial lo prohíbe, sino de que la Constitución lo prohíbe -*that the Constitution forbids it*-, *cf.* Voto concurrente de Justice Scalia -*concurring opinion*- *in re* American Trucking Ass'ns v. Smith, 496 U.S. 167 (1990), quien enfatiza: "(...) *the question is not whether some decision of ours "applies" in the way that a law applies; the question is whether the Constitution, as interpreted in that decision, invalidates the statute (...) since it does not conform to our decisions, but our decisions are supposed to conform to it*". Rawls consigna que la Constitución no es lo que la Corte dice que es -*The Constitution is not what the Court says it is*-. Es, antes bien, lo que el pueblo, actuando constitucionalmente a través de las otras ramas, permite eventualmente a la Corte decir que es, *cf.* RAWLS, J. *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005, p. 237.

(72) Y ello así atento a que se estima que el último standard o criterio de constitucionalidad es la Constitución misma y no lo que los jueces dicen de ella -*the ultimate touchstone of constitutionality is the Constitution itself, and not what we have said about it*-, *cf.* voto concurrente de Justice Frankfurter

del *Chief Justice* Howard Hughes: "(...) *la Constitución es lo que los jueces dicen que es -the Constitution is what judges say it is-*" (73), y se enraíza la aseveración de que en la justicia de los fallos y en la acción, eficaz pero sin estrépito, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se descubre el tribunal verdaderamente augusto encargado de hacer que las cláusulas de la Constitución echen hondas raíces, se conviertan en una verdad práctica (74).

En torno a tales ideas la Suprema Corte, en cuanto incardina el *vertice del'organizzazione statale* (75) y se exhibe como encargada de formar la jurisprudencia del código constitucional, se ha pronunciado sobre el significado y alcance de las reglas, principios y doctrinas de la Ley Fundamental, de modo que en la aplicación e interpretación que de ella han hecho los jueces de nuestro Máximo Tribunal, en la inteligencia de sus decisiones, se origina el *Derecho integrador del Derecho positivo* (76). Un Tribunal con dicha fisonomía, sostiene García Pelayo, supone un órgano regulador de la constitucionalidad de la acción estatal destinado a conferir plena existencia al Estado de Derecho y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución, ambos componentes inexcusables, en nuestro tiempo, del verdadero Estado constitucional, por lo que para que el mecanismo de control de

---

-*concurring opinion-* in *re* *Graves v. New York*, 306 U.S. 466 (1939), sin perjuicio de reconocer previamente que la exégesis judicial es inevitable con referencia a un ley orgánica como lo es Constitución, elaborada intencionalmente con vaguedad con el propósito de dejar espacio para el futuro desarrollo. En función de lo reseñado, se sigue que lo que conduce a reputar a un acto del gobierno como inconstitucional no es el anuncio de que el Poder Judicial lo prohíbe, sino de que la Constitución lo prohíbe -*that the Constitution forbids it-*, *cfr.* Voto concurrente de *Justice* Scalia -*concurring opinion-* in *re* *American Trucking Ass'ns v. Smith*, 496 U.S. 167 (1990), quien enfatiza: "(...) *the question is not whether some decision of ours "applies" in the way that a law applies; the question is whether the Constitution, as interpreted in that decision, invalidates the statute (...) since it does not conform to our decisions, but our decisions are supposed to conform to it*". Rawls consigna que la Constitución no es lo que la Corte dice que es -*The Constitution is not what the Court says it is-*. Es, antes bien, lo que el pueblo, actuando constitucionalmente a través de las otras ramas, permite eventualmente a la Corte decir que es, *cfr.* RAWLS, J. *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005, p. 237.

(73) HUGHES, C.E. *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906-1908*, Putnam's Sons, New York, 1908, p. 139. *Vide etiam* CORWIN, E. (1942) *La Constitución Americana y su significado actual*, Kraft, Buenos Aires, p. 29. LINARES Quintana, S. (1959) *Gobierno y Administración de la República Argentina*, TEA, Buenos Aires, T. I, p. 478, señala que una misma carta política puede tener diversos destinos para el pueblo de la Nación, según la sabiduría y el patriotismo de los jueces encargados de interpretarla, por ello "(...) *la verdadera Constitución es la que surge de la interpretación que en mil fallos le ha dado la Corte Suprema*". El estudio de la aplicación judicial del Derecho ha sido motivado por el creciente protagonismo de los jueces en los estados democráticos, *vide in extenso* sobre el activismo judicial, CAPPELLETTI, M. (1990) *Le pouvoir des juges*, FCE, París; KENNETH, H. (1991) *Judicial activism in comparative perspective*, St. Martin's Press, New York; CARNOTA, W. "Definiciones sobre el activismo de los jueces", *LL*, 16.08.2007-1.

(74) CSJN, Prefacio, Fallos 1:3.

(75) ROMANO, S. (1946) *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Giuffrè, Milano, p. 158.

(76) BIELSA, R. (1954) *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, p. 121.

constitucionalidad opere plenamente, el órgano controlador debe ser distinto al ente que decide los actos sometidos a revisión (77).

7. En puridad técnica, cabe puntualizar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no sólo personifica la máxima autoridad que, en el Estado Constitucional de Derecho –*garantismo constitucional*– (78), tiene la función de aplicar la ley; su auténtica finalidad no sólo se traduce en la labor creadora en virtud de la cual el Derecho codificado ha de enriquecerse con las producciones jurisprudenciales (79), como enseñó Ca-

---

(77) GARCÍA PELAYO, M. (1981) “El status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, V. I, N° I, C.E.P.C., Madrid, pp. 11 y ss. *Vide etiam* ALMAGRO NOSETE, J. (1984) *Constitución y proceso*, Bosch, Barcelona, p. 120.

(78) SARTORI, G. (1987) *Teoría de la Democracia. Problemas clásicos*, V. II, Alianza, Madrid, p. 402. Ferrajoli reseña que, en el ámbito del constitucionalismo como nuevo paradigma del Derecho, “(...) si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad –o de legalidad formal– como norma de reconocimiento de la existencia de normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad –o de legalidad sustancial–. O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales, sino también sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones...”, *cf.* FERRAJOLI, L. (2004) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, p. 253. En esta hermenéutica, *vide* LORENZETTI, R. (2006) *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, p. 135 y 249. Sobre los conceptos de validez formal y densidad normativa material, *vide* ALEXI, R. (2002) *Veroffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Gruyter, Berlín, N° 61. Para una lectura crítica sobre los modelos en debate, CARRIÓ, G. (1994) *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 197 y ss. y 321 y ss. Asimismo respecto de la distinción entre validez –validez sistémica–, eficacia –validez fáctica– y aceptabilidad –validez axiológica– *vide* AARNIO, A. (1987) *The rational as reasonable*, Reidel, Dordrecht, pp. 33 y ss.

(79) CALAMANDREI, P. (1920) *La Cassazione Civile*, Fratelli Bocca, Milano, T. II, p. 83. Taruffo ha observado que *determinar el correcto sentido de la ley en sede de casación tiene un claro aspecto de creación de Derecho por parte de la Corte de Casación*, *vide* TARUFFO, M. (1991) *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, p. 189; de la obra se registra versión con traducción al español de Palestra, Lima, 2005. Se trata de que la Corte Suprema pueda formular una regla de juicio universalizable susceptible ser utilizada en el futuro por el conjunto de los Tribunales de justicia que deben aplicar e interpretar la ley en casos similares. Para el maestro italiano ello implica que *el indicador para medir la adecuación de la interpretación de una norma en sede de decisión no es tanto la adecuación de aquella interpretación para resolver el conflicto de intereses específico que caracteriza el caso particular, sino la capacidad de aquella interpretación para servir como criterio de decisión para soluciones sucesivas de casos idénticos o similares*, *vide* TARUFFO, M. (2001) *Le Corti Supreme europee: Accesso, filtri e soluzione en Le Corti Supreme. Atti del convegno di Perugia, 5-6 maggio 2000*, Milano, Giuffrè, pp. 95 y ss. En todo caso remata el punto en virtud de que “...según la tradición que se remonta esencialmente a Calamandrei y a su fundamental estudio sobre la casación, una Corte Suprema desarrolla dos funciones fundamentales: efectúa, ante todo, un control de legalidad sobre las decisiones emanadas de los jueces inferiores y además, opera en el sentido de asegurar la potencial uniformidad de la jurisprudencia, tanto propia como de los órganos jurisdiccionales a nivel inferior...”, *cf.* TARUFFO, M. (2008) “Las funciones de la Corte Suprema”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2.008-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, p. 465. Sobre el punto, *vide* SÁNCHEZ AGESTA, L. “La Justicia Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, N° XVI, 1.982/1.983, Madrid, pp. 7 y ss.; CARPI, F. (2008) “Las Cortes Supremas y la Corte de Casación Italiana después de la reforma de 2.006. Análisis Comparado”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2008-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 445. Empero, la dogmática alemana observa que el Tribunal Constitucional Federal –*Bundesverfassungsgericht*– no es una instancia suplementaria de casación, menos aún un supertribunal de casación que controle el adecuado reflejo por la magistratura inferior de la ley ordinaria –en materia de fijación de hechos y aplicación



lamandrei para todo Tribunal de Casación, sino que también concreta el alto cometido de interpretación uniforme al fijar el cuerpo de doctrina, reglas, principios y valores que manan de Ley Fundamental –*norma normorum, higher law, Grundnorm*–, nervando ambas funciones con una labor –dikelógica *ad hoc*, esto es, con sujeción a las circunstancias particulares del proceso generador de caso concreto, en el que converge el mandato preambular de *afianzar la justicia* y la directriz funcional de hacerlo *bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución* –Artículo 112 de la Constitución Nacional–. En definitiva, es el órgano de justicia constitucional *par excellence*.

Tal fenómeno jurisprudencial (80) se remonta al pronunciamiento del *Chief Justice* John Marshall, quien decidió que las Cortes en general, y la Corte Suprema en último

---

e interpretación del Derecho-, pues su decisión se circunscribe a la esfera del *Derecho Constitucional Específico* por oposición a la ley ordinaria, *vide* SCHLAICH, K. (1984) “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, *ap. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, C.E.P.C., Madrid, p. 181. Específicamente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha subrayado que “...la interpretación y aplicación de una ley ordinaria es asunto de los tribunales especializados. El Tribunal Constitucional Federal, por el contrario, tiene que establecer en forma vinculante las normas o límites que se dan en el Derecho Constitucional para la interpretación de una ley de este tipo...”, *cfr.* BVerfGE, 40, 88, 10.06.1975, como así también que “...los tribunales se excluyen del examen y decisión de todos los asuntos constitucionales en una controversia legal particular y de este modo se fundamenta la competencia del Tribunal Constitucional Federal...”, *cfr.* BVerfGE, 1, 184, 20.03.1952. En el diseño procesal constitucional argentino, por creación pretoriana in re *Rey v. Rocha* –CSJN, Fallos 112:384–, la doctrina de la *sentencia arbitraria* determina un *ámbito excepcional* de la cuestión constitucional por vía del recurso extraordinario federal, la que se expande a cuestiones de hecho, de prueba y referentes a la interpretación y aplicación de códigos fundales o de Derecho Común, leyes locales –provinciales o nacionales– y de procedimientos –aunque sean federales–, condensando la impugnabilidad objetiva de la arbitrariedad en relación con el Derecho aplicable, a las pretensiones de las partes –congruencia y prueba–, a la irrevisabilidad o inmutabilidad de resoluciones o actos procesales, por exceso ritual manifiesto, por autocontradicción, sin perjuicio de que el laboreo incesante de la arbitrariedad normativa, fáctica y mixta incorpora como causales la iniquidad manifiesta y el realismo económico. En tal hipótesis se erige como *cuestión constitucional compleja directa* en tanto conflicto por vulneración de bases, principios y garantías constitucionales por el resultado sentencial tachado de arbitrario, *vide in extenso* CARRIÓ, G. (1967) *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 57 y ss.; YMAZ, E. “Arbitrariedad y recurso extraordinario”, *LL*, T. 67, p. 741; LINARES, F. “El Recurso extraordinario contra sentencia arbitraria dictada en aplicación de normas no federales”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, T. XXVII, N° III y IV; BIDART CAMPOS, G. (1986) *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, T. II, p. 473; SAGÜÉS, N. (1992) *Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, T. II, p. 612; BIANCHI, A. “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, *ED*, 99, 835; MORELLO, A. (2000) *El Recurso Extraordinario*, Platense, La Plata, p. 467, *inter alia*.

(80) Para un estudio de la conexión entre Constitución e Historia, *vide* CLAVERO, B. (1996) *Happy Constitution. Lenguaje y cultura constitucionales*, Trotta, Madrid, pp. 157-181; ZAGREBELSKY, G. (2005) *Historia y Constitución*, Trotta, Madrid, pp. 31 y ss. Desde otra vertiente, Häberle ha prevenido: “(...) La Constitución no sólo es un texto jurídico o un conjunto de reglas normativas, sino que también es expresión de un determinado nivel de desarrollo cultural; es expresión de la autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas...”, *cfr.* HÄBERLE, P. (1999) “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 54, C.E.P.C., Madrid, p. 28. Es que el Derecho Constitucional es reflejo de la sociedad existente en el que se advierten sus rasgos presentes y los que adquirirá en el porvenir, *cfr.* BURDEAU, G. (1967) *Método de la Ciencia Política*, Depalma, Buenos Aires, p. 137.

análisis (81), tienen el poder de decidir por todo el gobierno qué significa la Constitución y, en consecuencia, declarar inválidos los actos de otros departamentos gubernamentales si excedieran los poderes otorgados por la Carta Fundamental, correctamente entendida. Su decisión en el célebre *leading case* Marbury, W. v. Madison, J. (82) fue

(81) DWORKIN, R. (1986) *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, p. 252.

(82) 5 US (1 Cranch) 137 (1803). Es de destacar que Hamilton había señalado: "(...) *todo acto de una autoridad delegada, contrarios a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto, equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo...La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental, y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria; la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios...*", *cf.*: HAMILTON, A. - MADISON, J. - JAY, J. (1957) *El Federalista*, Cap. LXXVIII, FCE, México. Y Madison, en carta dirigida a Washington, con fecha 16 de abril de 1787, expresaba: "(...) *la supremacía nacional debiera extenderse también, según yo lo concibo, al departamento judicial. Si aquellos que tiene que exponer y aplicar la ley están ligados por sus intereses y juramentos con los estados particulares y no con la Unión, la participación de esta en la hechura de las leyes puede parecer inútil...*" Sobre el tópico, *vide in extenso* BLONDEL, A. (1928) *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois: (étude critique comparative: États-Unis - France)*, Sirey, París, pp. 21 y ss.; SCHMITT, K. (1931) *La defensa de la Constitución*, Labor, Madrid; KELSEN, H. (1995) *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid; TOMÁS Y VALIENTE, F. "La Defensa de la Constitución", *Revista de Derecho Político*, N° XVI, 1.982/1.983, Madrid, p. 135; FIX ZAMUDIO, H. (1961) *Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional Mexicana*, Imprenta Universitaria, México, p. 133; CAPELLETTI, M. (1961) *La jurisdicción constitucional. Plexo de libertad*, Imprenta Universitaria, México, p. 66; GARGARELLA, R. (2004) "Control de Constitucionalidad" *ap. Derecho Constitucional*, ALBANESE, S. - DALLA VÍA, A. - HERNÁNDEZ, A. - SABSAY, D. - GARGARELLA, R., Universidad, Buenos Aires, pp. 633 y ss., entre muchos otros. Asimismo, consúltese el aporte crítico de Carlos Nino quien advierte "(...) *la estructura del constitucionalismo está llena de tensiones internas...el constitucionalismo requiere de un proceso democrático, el respeto de los derechos individuales y la preservación de una práctica jurídica establecida tal como se articulo por primera vez en la Constitución histórica...*", *cf.*: NINO, C. (1997) *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Barcelona, p. 296. En ese menester, ha escrito Ferrajoli, tal concepción: "...*equivale a una integración del Estado de derecho, es decir, a la sujeción a la ley por parte de todos los poderes, incluido el Legislativo, que se subordina también al derecho y a la Constitución, ya no sólo en las formas y procedimientos de formación de las leyes, sino también en sus contenidos. Por consiguiente, en el Estado constitucional de derecho, el legislador no es omnipotente, en el sentido de que las leyes que él produce no son válidas sólo porque son vigentes, o sea producidas en las formas establecidas por las normas en relación con su producción, si no que lo son sí, además, son coherentes con los principios constitucionales...*" Si en el plano de la teoría del derecho el cambio de paradigma se manifiesta en la disociación entre vigencia y validez de las leyes, sobre el plano de la teoría política, éste se manifiesta en un cambio correspondiente en la naturaleza misma de la democracia: la democracia no consiste ya sólo en la dimensión política que le confiere la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa, que, a su vez, condiciona la vigencia de las leyes, sino también en la dimensión sustancial que le imponen los principios constitucionales, mismos que vinculan el con te ni do de las le yes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos...", *cf.*: FERRAJOLI, L. (2005) *El papel de la función judicial en el Estado de Derecho ap. Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, ALSINA ATIENZA, M. - FERRAJOLI, L., UNAM. México, pp. 91-92. En particular, respecto de las críticas al sistema argentino, *vide* CARRIÓ, G. "Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio del gobierno de la mayoría", LL 1990-C-1050.

aceptada, primero en forma abstracta, para luego la practica constitucional subsecuente coagularla con firmeza a su alrededor (83).

A su desarrollo en el Derecho Judicial Argentino correspondió el liminar pronunciamiento *in re Sojo*, Eduardo s/habeas corpus (84):

*“(...) La Constitución argentina y la de Estados Unidos, concuerdan en las disposiciones que fundan la jurisdicción de la Suprema Corte, y los fallos de la de los Estados Unidos...el palladium de la libertad es la Constitución, esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal... El juez Story después de establecer los hechos del caso, pronunció la opinión de la Corte, terminando con estas palabras: Es oportuno también citar el caso de William Marbury v. James Madison (1 Cranch 137, página 368), secretario de los Estados Unidos, en confirmación de la doctrina sostenida invariablemente por la Corte Suprema de los Estados Unidos, de que el Congreso no puede asignar jurisdicción originaria a, la Suprema Corte en casos diferentes de los especificados, en la Constitución. En dichos casos se establecieron las decisiones siguientes: “Una ley del Congreso repugnante a la Constitución, no es ley”.*

Al decidir el caso *Municipalidad de la Capital v. Isabel de Elortondo*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 1888, dispuso:

*“(...) 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*

---

(83) No obstante, en Inglaterra el *jus publicum* registra en 1610, con motivo del *Bonham's case*, las consideraciones del *Chief Justice* Sir Eduard Coke: *“(...) el Common Law controlará las leyes del Parlamento y en algunos casos juzgará que son totalmente nulas cuando estén en contra de la razón o del Derecho o sean de imposible cumplimiento”,* vide NOWAK, J. - ROTUNDA, R. (1991) *Constitutional Law*, West Publishing, St. Paul, Minnesota, p. 11; GARCÍA PELAYO, M. (1.950) “Derecho Constitucional Comparado”, *Revista de Occidente*, Madrid, p. 20. Sin perjuicio de lo expuesto, en representaciones que rememoran a las del *Chief Justice* John Marshall, *Justice Roberts in re United States v. Butler* explicó que el proceso consiste en lo siguiente: *“(...) hay que colocar el artículo de la Constitución al lado de la ley impugnada y decidir si la última se adecúa al primero. Todo lo que el Tribunal hace o puede hacer es expresar un juicio meditado sobre la cuestión. La única potestad que tiene, si así puede llamársela, es la de juzgar. El Tribunal no aprueba ni censura política legislativa...”*, cfr. 297 US 1 62 (1936). O bien, como precisara el *Justice* Frankfurter in *re Graves v. New York* satisface las obvias exigencias del servicio de justicia: *“(...) la piedra de toque última de la constitucionalidad es la Constitución misma...”*, cfr. 306 US 466 (1939). Y respecto de ellas, con motivo del debate parlamentario en el Congreso de la Nación sobre atribuciones para acordar la construcción de líneas férreas dentro de los territorios de Provincia, Joaquín V. González presagiaba: *“(...) los fallos de Marshall, alguno de los cuales han sido citados en esta discusión, han tenido un don profético, han tenido una misión extraña, porque aún a través de un siglo, estamos asistiendo a la producción de los fenómenos presagiados en ellos...”*, cfr. GONZÁLEZ, J.V. (1904) *Debates Parlamentarios*, Sesé y Larrañaga, La Plata, p. 40. Es que ello orientaba la decisiva inteligencia del texto constitucional patrio, a la que Florentino González tributaría *“(...) Tengo fé en la teoría americana...”*, cfr. GONZÁLEZ, F. (1871) *Lecciones de Derecho Constitucional*, De Rosa y Bouret, París, p. XIV.

(84) CSJN, Fallos 32:120.

*en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella” (85).*

Con posterioridad *in re* Thomas, Enrique v. E.N.A. (86), ha contextualizado el mecanismo de inspección de constitucionalidad dentro de los vectores del Derecho Comparado:

*“(…) El derecho constitucional comparado conoce dos modelos puros u originarios de control de constitucionalidad: el difuso o estadounidense y el centralizado o austríaco. Conforme al primer modelo, cualquier juez puede en un proceso declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, sentenciar sin aplicarla. Conforme al segundo modelo, un único tribunal puede juzgar la inconstitucionalidad de la norma, pero en caso que lo haga ésta no sólo no se aplica al caso sino que pierde vigencia erga omnes. El derecho comparado conoce también modelos impuros o combinados, que sin perjuicio de la facultad de todos los jueces de declarar la inconstitucionalidad de la norma y no aplicarla en la sentencia, admiten también la existencia de un único tribunal con competencia para conocer de ella y hacerle perder vigencia erga omnes. No existe ningún modelo impuro en el mundo que combine los modelos puros en forma que la competencia para hacer caer erga omnes la vigencia de la norma se disperse en todos los jueces, simplemente porque la dispersión de una potestad contralegislativa de semejante magnitud es inimaginable, dado que abriría el camino hacia la anarquía poniendo en peligro la vigencia de todas las leyes”.*

## **V.-La cosa juzgada en clave de Teoría General del Proceso. La cosa juzgada en clave de Derecho Procesal Constitucional. El diseño de un modelo específico de cosa juzgada constitucional. Estándares y ajustes en el Derecho Procesal Constitucional Comparado. Configuración y proyecciones en el Derecho Procesal Constitucional Argentino**

**8.** - Desde el enclave de la Teoría General del Proceso, se entiende por autoridad de cosa juzgada –precisa Rocco (87)– la fuerza o eficacia obligatoria inherente a la materia de la decisión judicial contenida en la sentencia.

---

(85) CSJN, Fallos 33:162.

(86) CSJN, Fallos 333:1023.

(87) ROCCO, U. (1969) *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, T. II, p. 314, de modo que traza el distinguo entre fuerza obligatoria–autoridad de cosa juzgada- y fuerza ejecutiva –ejecutabilidad- de la sentencia, pues “(…) si el concepto de declaración de certeza se distingue del concepto de ejecución, serán necesariamente distintas la fuerza obligatoria de la sentencia que vincula a la relación procesal de declaración de certeza, y la fuerza ejecutiva de la sentencia que vincula a la relación procesal de ejecución.” La decisión de un juicio –sentencia- como forma normal y regular de culminación engendra consecuencias tan trascendentes que en la generalidad de los casos son consideradas como resultantes del proceso en su conjunto, más que de uno de sus actos particulares, de tal modo que los efectos del fallo se identifican con los efectos del propio proceso, *cfr.* GUASP, J. (1948) *Los límites temporales de la cosa juzgada*, Anuario de Derecho Civil, Madrid, T. II, p.

En efecto, precluídas en el proceso jurisdiccional todas las cuestiones alegadas -advierte Chiovenda- se produce la cosa juzgada -*res iudicata*- en tanto afirmación indiscutible y obligatoria para los jueces de todos los juicios futuros de una voluntad concreta de la ley que reconoce o desconoce un bien de la vida a las partes. La cosa juzgada material importa obligatoriedad de sentencia firme en todos los juicios futuros, mientras la cosa juzgada formal preclusión de medios impugnativos contra la sentencia (88).

---

440. Sin perjuicio de ello, Liebman advierte: "(...) *la autoridad de la cosa juzgada no es un efecto... sino más bien un modo de manifestarse y producirse los efectos de la sentencia, algo que a estos efectos se agrega para calificarlos en un sentido bien determinado*", *cfr.* LIEBMAN, T. (1936) *Efficacia ed Autorità della sentenza*, Giuffré, Milano, pp. 9 y ss.

(88) CHIOVENDA, G. (1948) "Instituciones de Derecho Procesal Civil", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, T. I, p. 387. El concepto de cosa juzgada es convencional y heredado del Derecho Romano -*res iudicata*-, viniendo a significar asunto o caso ya juzgado, *cfr.* PRIETO CASTRO, L. (1982) *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Pamplona, T. I, p. 786. Como explica Rosenberg, la cosa juzgada en sentido material comporta la normatividad del juicio sobre la consecuencia jurídica, producida en el caso concreto, la que no puede discutirse o resolverse nuevamente, *cfr.* ROSENBERG, L. (1955) *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, T. II, p. 449. FLORIÁN, E. (1933) *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, p. 416 señala que existe cosa juzgada formal cuando la sentencia ya no puede ser impugnada porque no se puede utilizar recurso alguno, o bien porque precluyeron los términos de interposición, mientras que resulta cosa juzgada material si la sentencia es irrevocable impidiendo un nuevo proceso sobre la misma cuestión. Carnelutti advierte que la inmutabilidad, esto es, la inatacabilidad y firmeza de la *lex specialis* imperativa que vincula a las partes, supone que la cosa juzgada material surge junto con la cosa juzgada formal, caso contrario, una decisión no inmutable sería solo proyecto de decisión, el litigio permanecería abierto hasta que precluyese su mutación, *cfr.* CARNELUTTI, F. (1944) *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Uthea, Buenos Aires, T. II, p. 332. Sobre la relación entre cosa juzgada y preclusión, dable es reseñar que la cosa juzgada implica la preclusión de la posibilidad de impugnar la sentencia, toda vez que precluida no solamente está la facultad de renovar las cuestiones que fueron planteadas y decididas, sino también la facultad de proponer nuevas cuestiones y que habrían podido plantearse. Excepto en los sistemas de preclusión elástica, en los sistemas de preclusión rígida la relación entre cosa juzgada y preclusión de cuestiones admite la siguiente formulación: *la cosa juzgada es un bien de la vida reconocido o negado por el juez; la preclusión de cuestiones es el expediente (modo) del que se sirve el derecho para garantizar al vencedor el goce del resultado del proceso*, *cfr.* CHIOVENDA (1949) *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Bosch, Buenos Aires, T. III, p. 229. Gozaíni explica que la cosa juzgada formal significa la imposible deducción de recursos contra una sentencia dictada en el proceso, una suma preclusión que sin embargo no entorpece la facultad de replantear la cuestión en otro juicio, mientras que la cosa juzgada material elimina toda impugnación posible dentro o fuera del proceso donde se dicta, *cfr.* GOZAÍNÍ, O. (2010) *Tratado de Derecho Procesal Civil*, La Ley, Buenos Aires, T. IV, p. 859. En suma, se distingue entre el simple efecto de la irrevocabilidad de la decisión -cosa juzgada formal-, de cuando a la irrevocabilidad de la decisión se le une la inmutabilidad de la misma, de manera que una vez que se ha juzgado una causa la misma establece una verdad que puede coincidir o no con la realidad, aunque es de suponer que la mayoría de las veces coincida; verdad que resulta inmutable porque está protegida por el efecto de cosa juzgada material, *cfr.* FALCÓN, E. (2006) *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, T. II, p. 611. En rigor la distinción entre cosa juzgada, *i.e.*, contenido sustancial, y autoridad de cosa juzgada, *i.e.*, incontrovertibilidad de cosa juzgada luce desplegada por el pensamiento procesal italiano, *cfr.* FAZZALARI, E. (1956) "Cosa giudicata y convalida di sfratto", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, pp. 1322 y ss.; MICHELLI, G. (1947) "Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria", *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Giuffré, Milano, 1947-I-194.

En este orden de ideas, la cosa juzgada conlleva la exclusión de la proponibilidad de todas las cuestiones, planteadas o no planteadas, decididas o no decididas, que tengan por fin poner nuevamente en discusión el bien que fue objeto de un pronunciamiento inimpugnabile y firme (89), determinado que el bien juzgado se transforme en inatacable –*finem controversiam accipit*–, salvo que no pueda convertirse en inmutable una decisión en tanto no derive de un proceso dotado de elementales garantías de justicia (90).

De hecho, puede presentarse el supuesto excepcional en el que la sentencia siendo resultado de un proceso legal y regular y de un juicio no inficionado por vicio y defectos procesales, sea no obstante, objetivamente injusta por no haber tenido el juez a su disposición todos los materiales instructorios necesarios para resolver conforme a la verdad la cuestión de hecho. Si la parte ha sido obstaculizada en ejercicio de su derecho de defensa de modo que se haya encontrado en condiciones de inferioridad, motivos de equidad obligan a conferirle un *medio restitutorio de invalidación de la sentencia* (91).

---

(89) CHIOVENDA, G. (1948) "Instituciones de Derecho Procesal Civil", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, T. I, p. 36. Hitters observa que la noción de cosa juzgada implica la *influencia que ejerce cierta providencia sobre posibles declaraciones posteriores de cualquier otro órgano, evitando la reedición de lo resuelto, esto es, la inatacabilidad de una sentencia jurisdiccional una vez que ha quedado firme*, cfr. HITTERS, C. (1977) *Revisión de la cosa juzgada*, Platense, La Plata, p. 126. Sobre la discrepancia entre inmutabilidad –cosa juzgada formal– e imperatividad –cosa juzgada material–, vide RENGEL-ROMBERG, A. (1992) *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Arte, T. II, p. 470. La irrevocabilidad se introduce como nota esencial y distintiva de la *res iudicata* en cuanto derivación necesaria de la función jurisdiccional, cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M. (1969) *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, p. 60; GOLDSCHMIDT, J. (1936) *Teoría General del Proceso*, Labor, Barcelona, p. 39 y ss.; MONTERO AROCA, J. – GÓMEZ COLOMER, J. – MARTÍN REDONDO, A. – BARONA VILAR, S. (2006) *Derecho Jurisdiccional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, T. II, p. 469; MICHELLI, G. (1970) *Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, T. I, p. 329; MAZZARELLA, F. (2006) *Corso di Diritto Processuale Civile*, Cedam, Padova, Cap. XVIII.

(90) CARNELUTTI, F. (1944) *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Uthea, Buenos Aires, T. I, p. 353.

(91) CALAMANDREI, P. (1920) *La Cassazione Civile*, Fratelli Bocca, Milano, T. II, p. 198. Anota Falcón que si bien para el proceso la cosa juzgada cierra el conflicto definitivamente, el Derecho no abandona la búsqueda de la verdad: *el proceso no puede constituir un instituto para crear lo inexistente en el mundo de la existencia real*. De allí que, en determinados casos, la verdad se impone sobre la cosa juzgada, surgiendo como modo de revisión dos vías, una reglada en diversos ordenamientos, el recurso de revisión, y otra no reglada, pero igualmente aplicable, la revocabilidad de la cosa juzgada fraudulenta por vía de acción autónoma de nulidad, cfr. FALCÓN, E. (2006) *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, T. II, p. 612. La impugnación de la cosa juzgada es una concepción del ordenamiento a la justicia en detrimento de la seguridad jurídica, que se da contra las sentencias firmes cuando la actividad de las partes o del tribunal ha estado condicionada por una serie de circunstancias –causas de revisión– que pudieron hacer que se dictara una sentencia con contenido posiblemente distinto del que hubiera tenido de no concurrir aquellas influencias anómalas, de modo que la ley concede la posibilidad de incoar otro proceso para lograr la rescisión de aquella sentencia, cfr. MONTERO AROCA, J. – GÓMEZ COLOMER, J. – MARTÍN REDONDO, A. – BARONA VILAR, S. (2006) *Derecho Jurisdiccional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, T. II, p. 490. Sobre el tópico, vide los aportes de la procesalística germana e italiana, *inter alia* BELING, E. (1943) *Derecho Procesal Penal*, UNC, Córdoba, p. 180; GOLDSCHMIDT, J. (1930) *Derecho Procesal Civil*, Labor, Barcelona, p. 432; SCHÖNCKE, A. (1950) *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, pp. 327 y ss.; LIEBMAN, T. (1951) *Istituti del Diritto Comune nel Processo Civile Brasiliano ap. Studi in onore di Enrico Redenti*, Giuffré, Milano, pp. 600 y

Las razones que preceden han autorizado a la Suprema Corte Federal a sentar doctrina en orden a que:

*“La cosa juzgada es el efecto final e irrevocable de los fallos judiciales, el elemento definitorio de la actividad que toca al Poder Judicial de la Nación, que marca su lugar institucional y lo diferencia de las otras dos ramas del gobierno federal organizado por la Constitución Nacional”* (92).

*“El respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y por ello no es susceptible de alteración ni aún por vía de invocación de leyes de orden público, toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituyen un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica es también exigencia del orden público con jerarquía superior”* (93).

*“La institución de la cosa juzgada, como todas las instituciones legales, debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales. No a toda sentencia judicial puede reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino sólo aquellas que han sido precedidas de un proceso contradictorio, en que el vencido haya tenido adecuada y substancial oportunidad de audiencia y prueba”* (94).

*“Si bien el instituto de la cosa juzgada tiene jerarquía constitucional, en razón de que la inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme reconoce fundamento en las garantías de la propiedad y la defensa en juicio, se acepta en forma excepcional y precisamente en resguardo de la verdad material, de la seguridad jurídica y del derecho de propiedad, que dicha inmutabilidad no tiene carácter absoluto”* (95).

Por lo restante, los límites objetivos de la cosa juzgada se encaminan a la determinación de la *res in Judicium deductae* a través de la fijación de la *identidad de objeto* -en sentido sustancial conlleva el bien jurídico disputado en el proceso anterior (96)-

---

ss.; REDENTI, E. (1939) *Proffili pratici del Diritto Processuale Civile*, Giuffré, Milano, p. 483; MORTARA, L. (1916) *Manuale della Procedura Civile*, UTET, Torino, V. II, p. 143; LESSONA, C. (1932) *Manuale di Procedura Civile*, Societa Editrice Libreria, pp. 328 y ss.

(92) CSJN, Fallos 330:3248, voto en disidencia de la Dra. Argibay.

(93) CSJN, Fallos 319:3241.

(94) CSJN, Fallos 279:54.

(95) CSJN, Fallos 331:1116. Empero, en el voto en disidencia -*dissenting opinion*- de la Dra. Argibay se anota: *“(...) Ninguna concepción razonable del Poder Judicial como institución, mucho menos como institución básica del Estado de Derecho, es compatible con la revisión de sentencias judiciales firmes, puesto que ese carácter supone que la opinión de los jueces por venir no incide en su deber de respetar las decisiones judiciales pasadas, que cuentan con autoridad de cosa juzgada. Lo contrario torna trivial y contingente el principal cometido que tiene asignado el Poder Judicial de la Nación, a saber, dar el fallo final e irrevocable a las controversias sobre los derechos de las partes”*; cfr. CSJN, Fallos 330:3248.

(96) COUTURE, E. (1962) *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, p. 426, quien aclara que el sentido rigurosamente procesal de la identidad de objeto no repara en lo que ha sido verdaderamente materia del juicio, sino en lo que se ha decidido y en orden a lo cual la eficacia de la cosa juzgada se extiende necesariamente a aquellas cuestiones que han sido objeto de debate expreso

y de *causa petendi* –razón de hecho que se enuncia en demanda como fundamento de la pretensión (97)–, mientras que los *límites subjetivos* de la institución de marras se conectan con la *identidad de partes* y delimitan los efectos relativos de la cosa juzgada a las partes con exclusión de terceros –eficacia *interpartes*–, excepto aquellas hipótesis de expansión *erga omnes* de las consecuencias jurígenas de la providencia jurisdiccional (98).

9.- Sentado ello, la Ciencia y Técnica del proceso constitucional postula el diseño de un *paradigma específico de cosa juzgada constitucional* con motivo en el reconocimiento de la función y especificidad de la jurisdicción constitucional, expresadas en formas precisas, y de acuerdo con la naturaleza del conflicto en el que se desarrolla, de modo que se justifica un *tratamiento diferenciado* de la *cosa juzgada constitucional*, sin que tal temperamento implique alteración del principio fundamental permanente: *toda decisión de la jurisdicción constitucional implica un pronunciamiento sobre la base de legitimación del poder del Estado* (99).

En efecto, Sagüés refiere que la misma se revela como uno de los problemas más atractivos del Derecho Procesal Constitucional, conceptualizándola como *el efecto que puede tener una sentencia dictada en materia constitucional, mediante un proceso constitucional, por un órgano jurisdiccional de la magistratura constitucional* (100). Desde esta perspectiva, la cosa juzgada, precisa Sachs, supone la prohibición a los tribunales, de examinar nuevamente cuestiones ya resueltas en definitiva, sea que se prohíba una decisión que se aparte de la anterior, sea que se excluya cualquier tipo de nuevo pronunciamiento (101), o bien, como expone Pérez Serrano (102) la exclusión de todo proceso ulterior sobre idéntica pretensión, sin perjuicio de las excepciones abiertas a la eficacia *erga omnes*.

---

en el juicio anterior y que, sin ser motivo de una decisión explícita, han sido resueltas implícitamente en un sentido u otro, como antecedente lógico de la decisión.

(97) DEVIS ECHANDÍA, H. (1972) *Compendio de Derecho Procesal*, ABC, Bogotá, T. I, p. 411.

(98) En este entendimiento, Rocco precisa que el concepto tradicional de identidad de partes y la fijación de los límites subjetivos de la cosa juzgada no pueden marginar que, en rigor técnico, se plantea un problema de individualización de los sujetos legitimados para accionar o para contradecir en sentido amplio: “(...) *los límites subjetivos de la cosa juzgada deben buscarse, precisamente, dentro de la esfera de los sujetos que están legitimados por ley procesal para accionar o para contradecir, ya en la forma de legitimación para intervenir*”, cfr. ROCCO, U. (1969) *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, T. II, p. 359.

(99) SACHS, M. (1977) *Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*, Vahlen, München, p. 33. Se deja en claro que la teoría general de la cosa juzgada, traída del Derecho Procesal, no se puede aplicar sin reservas en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional, cfr. ESCOBAR FORNOS, I. (1999) *Derecho Procesal Constitucional*, Hispamer, Managua, p. 144.

(100) SAGÜÉS, N. “Cosa Juzgada Constitucional”, *LL*, 1995-E-1063.

(101) SACHS, M. *op. cit.*, p. 33.

(102) PÉREZ SERRANO, N. (1986) *El Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, p. 132.



La característica mencionada, empero, dista de reducir el problema en términos unívocos. Se observa que la sentencia constitucional detenta autoridad de cosa juzgada, en cuanto es acto procesal, decisión de *imperium* de los jueces constitucionales que pone término de modo definitivo y vinculante a un proceso constitucional (103). La autoridad de cosa juzgada -*res iudicata por veritate accipitur*- ha puesto de manifiesto, reafirmando el carácter jurisdiccional del órgano de justicia constitucional, entiende Rubio Llorente que la jurisdicción constitucional es el *máximo y eficaz esfuerzo de someter el poder al Derecho*, pues el juez, a diferencia del legislador, interpreta la Constitución con arreglo a criterios estrictamente jurídicos y ejercita un poder resolutor de controversias constitucionales cuyo resultado procesal está provisto de *imperium* (104). La decisión jurisdiccional del órgano de justicia constitucional importa la irrevocabilidad, obligatoria e imperativa, de los efectos que la providencia jurisdiccional genera, sea por inimpugnabilidad de la sentencia constitucional, sea por imposibilidad de obtener en proceso ulterior la mutabilidad del resultado alcanzado.

Se impone especial cuidado, como bien lo advierte Liebman, de prevenir que la cosa juzgada no constituye un efecto de la sentencia, sino una *cualidad* que se añade a ella a fin de aumentar su estabilidad y que igualmente vale para todos los posibles efectos que produzca-declarativos, constitutivos, condenatorios (105).

Sentado ello, la sentencia constitucional es también y en grado eminente actividad dirigida a la interpretación e integración del Derecho, de modo que mediante la interpretación constitucional que en ella se condensa, deriva García de Enterría (106), se concreta la *adecuación del ordenamiento jurídico a pautas, valores, principios y normas constitucionales, en forma clara, pública y motivada*. En rigor, concatenado con el tema del control de constitucionalidad, y como subcategoría de la teoría de la Constitución, se ubica la compleja problemática de la interpretación constitucional (107).

Por lo demás, conviene recordar que la autoridad de cosa juzgada se inserta en un acto de poder en dialéctica con los demás poderes, es, indefectiblemente, *decisión política*, lo que no enerva la función jurisdiccional del órgano que la emite. Se quiera o no, se revela un importante cometido de *indirizzo político*, enseña Verdú, en la medida que participa en la dirección política del Estado, en la formación de voluntad

---

(103) GARRORENA MORALES, A. (1987) "La sentencia constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, N° XI, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 7.

(104) RUBIO LLORENTE, F. (1982) "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Político*, N° XVI, Madrid, p. 29.

(105) LIEBMAN, T. (1935) *Efficacia ed autorità della sentenza*, Giuffré, Milano, pp. 19-32.

(106) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1982) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, p. 253.

(107) CARNOTA, W. (2005) *Instituciones de Derecho Público*, La Ley, Buenos Aires, p. 44, para quien interpretar un enunciado normativo significa atribuir al mismo, asignar o desentrañar significados y conlleva una labor de *descodificación*, en cuanto se intenta averiguar que quiso decir el autor de la norma.

estatal, en la función de dirección y estructuración políticas (108). Para Troper (109) su creación como contrapoder *-contre-pouvoir-* obtiene justificación como medio de limitación de los restantes órganos del poder y de protección de las libertades.

Lo expuesto no es un dato menor, pues, la misión constitucional de la Corte Suprema Federal no se reduce a desempeñarse como un mero Tribunal de Justicia que dirime conflictos entre partes, sino que, abona Berizonce (110), a condición de que exista

---

(108) VERDÚ, L. (1957) *Problemática actual de la jurisdicción constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes*, Real Colección de Bolonia, Bolonia, p. 99. Fix Zamudio precisa que en toda actividad jurisdiccional se realiza en forma indirecta una valoración política, transformando dinámica y progresivamente los ordenamientos legales, los que de otra manera quedarían anquilosados. Toda jurisprudencia es forzosamente evolutiva, de modo que el contenido político no afecta el carácter jurisdiccional del órgano de justicia constitucional, *cfr.* FIX ZAMUDIO, H. (1956) "La aportación de Piero Calamandrei al Derecho Procesal Constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, México, p. 207. Esmein ya había advertido que las Cortes de Justicia descubrían una importancia política de primer orden, *cfr.* ESMEIN, A. (1921) *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, Sirey, Paris, T. I, p. 590. Para una lectura crítica, *vide* DWORKIN, R. (1985) *A matter of principle*, Harvard University Press, p. 10. Sobre el valor de la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*, *vide* HAURIOU, M. (1966) *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Montchrestien, p. 192.

(109) TROPER, M. (2006) *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, P.U.L., Québec, p. 40.

(110) BERIZONCE, R. (2006) *Sobrecarga, misión institucional y desahogo del sistema judicial ap. El Papel de los Tribunales Superiores*, coord. Berizonce, R. - Hitters, J. - Oteiza, E., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 434. Consúltese, BIDART CAMPOS, G. (1987) *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, p. 181. Para la Constitución entendida como *decisión política fundamental*, *vide* SCHMITT, K. (1982) *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, p. 47, opera, en consecuencia, una *mediatización de la orientación política en sede jurisdiccional fiscalizando la constitucionalidad del proceder de los poderes públicos*. En el ámbito de la jurisdicción constitucional alemana el Tribunal Constitucional Federal entraña "(...) *el más importante garante del respeto que le deben los demás órganos estatales al Derecho Constitucional. La contención del poder político que de allí se deriva, en beneficio de la normatividad de la Constitución, ha dado lugar a que la Ley Fundamental adquiera un lugar privilegiado en la conciencia social...*", *cfr.* STARCK, Ch. (1976) *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz ap. Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, I, Erster Band. Sobre la noción de función política y su integración funcional, *vide* PÉREZ SERRANO, N. (1984) *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, p. 411; VERDÚ, P. (1984) *Curso de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, T. IV, p. 647; SMEND, R. (1985) *Constitución y Derecho Constitucional*, C.E.P.C., Madrid, pp. 78 y ss.; HESSE, K. (1983) *Escritos de Derecho Constitucional*, C.E.P.C., Madrid, p. 11; LOEWENSTEIN, K. (1979) *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, p. 63; ROMANO, S. (1947) *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Milano, Giuffrè, p. 147; SPOTA, A. "La Corte Suprema de Justicia de la Nación como parte del poder político del Estado", *LL* 1990-B-979; GELLI, A. "Las fuentes del poder de la Corte Suprema", *LL*, 2003-E-1317. En orden a la distinción entre *indirizzio constitucional* e *indirizzio por la mayoría*, consúltese PIZZORUSO, A. (1984) *Lecciones de Derecho Constitucional*, C.E.P.C., Madrid, p. 294. En esto se computa la formidable intuición alberdiana, registrada por Bidart Campos, en orden a que: "(...) *una Constitución no es únicamente un texto escrito consistente en un conjunto de normas. Una Constitución es una realidad consistente en un modo estructural de existencia política, una organización, una forma de estar compuesto y ordenado en un estado. Las normas describen esa forma de existencia política, y necesitan funcionar y tener vigencia para que podamos decir que la Constitución escrita está realizada en el medio social...*", *cfr.* BIDART CAMPOS, G. "Alberdi y la dinámica constitucional del progreso", *LL*, 131, 1.394. En este orden de ideas, Verdú puntualiza que el Derecho Constitucional no se reduce al documento fundamental, a leyes complementarias y al método de interpretación y aplicación lógico-

un *caso judicial*, actúa y se erige en un propio y verdadero *Poder del Estado*; como actor principal que influye decisivamente en el gobierno contribuyendo a orientar, y aún a innovar creativamente, el quehacer de las restantes ramas políticas, y sobremanera en la relación con la sociedad toda.

Calamandrei defendió la necesaria colaboración entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación en orden a que la *interpretación evolutiva* de la Constitución, con miras a que se refleje el *espíritu de progreso social*. Ello supone arraigar en la visión de que la norma suprema es de carácter dinámico y programático, dado que *se propone la transformación de una sociedad*, trazando al legislador un *programa de reformas sociales* que deben ser gradualmente actuadas. De ahí que se conciba al Ley Fundamental como una norma *actuable y perfectible*, de modo que *el enjuiciamiento sobre la constitucionalidad de las leyes ha de realizarse también en términos de contraste con el espíritu de reforma que impregna el texto constitucional* (111).

A la par, las dificultades se agravan si se atisba en el *contenido y heterogeneidad de los procesos constitucionales* (112), pues no resultan idénticos los problemas que suscita la determinación de la eficacia del resultado sentencial en cada uno de ellos; la mayoría de las cuestiones, asimismo, está determinada, en forma diversas, por los diferentes sistemas (113).

Tales notas, inclusive, inducen a la construcción de la sentencia constitucional como *categoría triédica* (114): la sentencia constitucional no sólo entraña un *acto ju-*

---

jurídico, puesto que debe computarse la realidad constitucional, y con ella las correspondientes decisiones judiciales importan, en rigor, decisiones políticas que corresponderán, en más o en menos, a esa realidad y resolverán, con mayor o menor fortuna, la problemática que encierra, *cfr.* VERDÚ, L. (1981) "Política y justicia constitucional: consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional" *ap. El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, T. II, p. 1546.

(111) CALAMANDREI, P. (1968) *Corte Costituzionale e Autorità Giudiciaria ap. Opere Giuridiche*, Morano, Napoli, V. III, p. 651. No obstante la autonomía de los órganos constitucionales, nada impide el enfrentamiento de su actividad con la normación fundamental, o bien la diversa interpretación de la orientación política constitucional, hipótesis en las cuales se confiere, en las coordinadas del diseño constitucional del poder, a otro órgano constitucional -Tribunal Constitucional- la función de fijación de la orientación correcta. La orientación política siempre transparenta su fuerza normativa, la que en ocasiones se canaliza formalmente en actos jurídicos -leyes, decretos, resoluciones, etc.-, sin perjuicio de que también se efectivice por vía de decisiones no sujetas a formas predeterminadas, *vide* al respecto CRISAFULLI, V. *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, Studii Urbinati, p. 78 y ss. Sobre el tópico *jurisprudencia política*, *vide etiam* Alonso García, E. (1984) *La interpretación de la Constitución*, C.E.P.C., Madrid, p. 518.

(112) En esta línea de pensamiento, *vide* FIX ZAMUDIO, H. - FERRER MAC-GREGOR, E. (2010) *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales ap. Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Manili, P. -Dir.-, La Ley, Buenos Aires, T. III, p. 170; CASAL, J. (2003) *La cosa juzgada en los procesos constitucionales ap. La Defensa de la Constitución*, EDIAR, Buenos Aires, pp. 863 y ss.

(113) VESCOVI, E. (1988) *Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, p. 399.

(114) GARRORENA MORALES, A. (1987) "La sentencia constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, Nº XI, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 7.

*risdiccional* y un *acto político*, a la vez, pues también importa una realidad interpretativa o integradora del Derecho, *i.e.*, un *acto hermenéutico*.

Por último, el Derecho Procesal Constitucional Comparado allega elementos al respecto, puesto que colecta como patrón genérico, aplicable tanto a las sentencias estimatorias como desestimatorias de la pretensión de declaración de inconstitucionalidad, el carácter definitivo e irrecorrible de la providencia de la magistratura constitucional –cosa juzgada formal– (115), sin perjuicio de reconocer un vector excepcional de apertura en el área de la cosa juzgada material, y dentro de ella en orden a la hipótesis de sentencias constitucionales desestimatorias, consistente en la habilitación *ex post* el pronunciamiento desestimatorio de un test de compatibilidad constitucional, y ello con miras a prevenir la inhibición *ex nunc* de una inspección de constitucionalidad del precepto impugnado (116).

(115) El Artículo 62, &2 de la Constitución de Francia de 1958 consigna: “(...) *las decisiones del Consejo Constitucional no son susceptibles de recurso*”, mientras que el Artículo 93.1 de la Ley Orgánica N° 2/1979 del Tribunal Constitucional Español refiere “(...) *Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, pero en el plazo de dos días a contar desde su notificación las partes podrán solicitar la aclaración de las mismas...*”. La Constitución de Colombia de 1991 en su Artículo 243 dispone: “(...) *Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución*”. En términos similares, el Artículo 121 del Código Procesal Constitucional de Perú, Ley N° 28.237, afirma el carácter irrevocable de las sentencias del Tribunal Constitucional: “(...) *Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido*”, sin perjuicio de reseñar el principio de cosa juzgada con motivo de los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad: “(...) *Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación...*” -Artículo 82-, a la par que definir que “(...) *las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales*”, con la salvedad aquellas que versaren sobre régimen tributario y presupuestal -Artículo 74 *in fine*, Constitución de Perú de 1993- y abuso del Derecho -Artículo 73, &2 de la Carta Fundamental Peruana-. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales de Republica Dominicana de 2011, admite en su Artículo 45, que las sentencias que declaren la inconstitucionalidad y pronuncien la anulación consecuente de la norma o de los actos impugnados, producirán cosa juzgada y eliminarán la norma o acto del ordenamiento. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador de 2009 consagra en materia de control abstracto de constitucionalidad: “(...) *Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual: 1. Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia*” -Artículo 96 inciso 1-. Por último, el novel Código Procesal Constitucional de Bolivia, de fecha 05.07.2012, indica que las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional en las que se declare la inconstitucionalidad de una norma del ordenamiento jurídico, no darán lugar a la revisión de sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada, ni a la revisión de los actos realizados con la norma cuando se presumía constitucional -Artículo 14-.

(116) La Ley Orgánica N° 2/1979 del Tribunal Constitucional Español prevé en su Artículo 29, &2: “(...) *La desestimación, por razones de forma, de un recurso de inconstitucionalidad contra una Ley,*

10. - Si se repara en la noción de jurisprudencia como *conjunto de normas vigentes creadas por los jueces* (117), no toda sentencia satisface tal propiedad puesto que aquellas normas sólo resultan vigentes cuando, *de hecho*, resultan aplicadas por los tribunales. Para que la condición de vigencia se verifique no es menester aplicación en un número elevado de casos; una sola sentencia puede conferir vigencia a la norma creada y, por consiguiente, sentar jurisprudencia: un solo fallo de la Suprema Corte Nacional –*in re Siri, Ángel* (118)– inscribió jurisprudencia decisiva en materia de acción de amparo (119).

---

*disposición o acto con fuerza de Ley no será obstáculo para que la misma Ley, disposición o acto puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso*”. El Artículo 82 *in fine* del Código Procesal Constitucional de Perú previene: “(...) *La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código*”. No obstante, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador de 2009, distingue en su artículo 96 inciso 2 y 3: “(...) 2. *Cuando la sentencia que desecha la demanda de inconstitucionalidad ha estado precedida de control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado, mientras subsista el fundamento de la sentencia*. 3. *Cuando la sentencia no ha estado precedida de un control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado con fundamento en los cargos analizados en la sentencia, mientras subsista el fundamento del juicio de constitucionalidad*”. El Artículo 87 de la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, N° 7135, de fecha 11.10.1989, dispone: “(...) *Las resoluciones que denieguen la acción deberán examinar todos los motivos de inconstitucionalidad que se hubieren alegado para fundamentarla. Únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada. La acción de inconstitucionalidad podrá ejercerse contra normas o actos previamente declarados constitucionales y en casos o procesos distintos*”, En el Derecho Procesal Constitucional Local Argentino cabe computar lo previsto por el Artículo 6, &2 del Código Procesal de Tucumán: “(...) *En materia de control de constitucionalidad de las normas y de protección de los intereses públicos según las previsiones de la presente ley, las decisiones desestimatorias no impiden la promoción de otras acciones o recursos dirigidas al mismo objeto*”. En el ámbito del Derecho Procesal Constitucional Alemán, pese a que el Artículo 31.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Alemán atribuye fuerza de ley –*Gesetzeskraft*– a las sentencias desestimatorias, por vía de la jurisprudencia constitucional se habilita un nuevo cuestionamiento a la validez constitucional de la norma legal en el supuesto de emergencia de nuevas circunstancias que gesten una apreciación diferente.

(117) BULYGIN, E. (1997) *Sentencia judicial y creación del Derecho*, en *Análisis Lógico y Derecho*, C.E.P.C., Madrid, p. 368. Todos los ciudadanos, enseña Duverger, pueden acceder a los tribunales mediante una acción en justicia a fin de precisar el sentido de las normas jurídicas establecidas. Los miembros de la jurisdicción disponen del poder de interpretar los textos jurídicos y de fijar su sentido oficial, de modo que al conjunto de sus fallos se denomina jurisprudencia, *vide* DUVERGER, M. (1966) *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, P.U.F., París, p. 201.

(118) CSJN, Fallos 239:459.

(119) BULYGIN, E. (1997) *Sentencia judicial y creación del Derecho*, en *Análisis Lógico y Derecho*, C.E.P.C., Madrid, p. 368. Por el contrario, Linares Quintana percibe que la jurisprudencia, en cuanto fuente mediata o indirecta del Derecho Constitucional, es la serie de decisiones pronunciadas por los tribunales que integran el poder judicial, y, en particular, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación –intérprete final y definitivo de la Constitución en el ordenamiento institucional argentino–, uniformes y constantes, sobre una determinada materia constitucional. De lo que infiere que, contrariamente a lo que suele creerse frecuentemente, uno o aun varios fallos aislados no pueden constituir jurisprudencia, *vide* LINARES QUINTANA, S. (1977) *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, T. II, pp. 482 y ss.

Del igual modo se impone otra precisión. Si bien la discusión habitual en dogmática gira alrededor *si la cosa juzgada posee un efecto básicamente similar o distinto a la vigente en otras áreas del Derecho Procesal* (120), se argumenta, a favor de lo primero, que el valor de las sentencias constitucionales resulta semejante, más tal similitud es sólo parcial, pues las sentencias constitucionales son pronunciadas con frecuencia por órganos *extra poder*, ajenos al Departamento Judicial como las Cortes Constitucionales, y con resultados bien distintos al fallo propio de la judicatura civil: si pronuncian la inconstitucionalidad de una ley, importan la no aplicabilidad en el caso concreto, o bien, la derogación con efectos *erga omnes* o *interpartes* (121), conforme el sistema de inspección de constitucionalidad instrumentado. Máxime, cuando se insiste en que para solucionar el problema de regularidad en los casos concretos, la justicia constitucional emplea como técnica la de dotar a la sentencias de efectos especiales (122).

En rigor, ello descubre un aspecto del problema de la fuerza obligatoria de la jurisprudencia (123), frente al hecho, tan frecuente, de diversidad y hasta de oposición de juicios (124). Sobre el tópico concurren tres *modelos* al respecto (125):

a)- *Modelo americano*: consolidado pretorianamente a partir de 1803 (126) y diferenciado en virtud de que los *efectos del pronunciamiento jurisdiccional se limitan al*

(120) SERRA, M. (1992) *Procesos y recursos constitucionales*, Depalma, Buenos Aires, p. 85.

(121) SAGÜÉS, N. (1992) *Recurso Extraordinario. Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, T. I, p. 43. En este sentido, Sánchez Agesta señala que la sentencia constitucional puede: a)- con valor de cosa juzgada, constituir precedente, en cuanto decisión racional conforme a Derecho; con valor erga omnes que implica la nulidad pública, absoluta e insanable de la norma enjuiciable; c)- con valor concreto en litigio y entre partes mediante efecto de inaplicabilidad del precepto inconstitucional. En todo supuesto, es actividad de aplicación e interpretación constitucional cuya finalidad última es la protección del orden constitucional, *cf.*: SÁNCHEZ AGESTA, L. (1972) "El recurso de contrafuero y la protección del orden constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, N° 181, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 9.

(122) PÉREZ SERRANO, N. (1985) *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, C.E.C., Madrid, p. 213.

(123) DUGUIT, L. (1927) *Traité de Droit Constitutionnel*, Boccard, T. I, p. 84.

(124) CARRÉ DE MALBERG, R. (1998) *Teoría General del Estado*, F.C.E., México, p. 637.

(125) SAGÜÉS, N. "Cosa Juzgada Constitucional", LL, 1995-E-1064; *Idem*. "Los efectos de la interpretación. Cosa juzgada constitucional. Modelos y correcciones" *ap. La Interpretación judicial de la Constitución*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 193 y ss.

(126) Si bien, a principios del siglo XVII el *Chief Justice* Sir Eduard Coke intentó plasmar en algunas sentencias, sobre todo en la famosa del *Bonham's case*, de 1610, un control no ya sobre el alcance y la interpretación de las leyes parlamentarias, sino sobre la validez misma de estas leyes, implicando, por consiguiente, la eventual anulación de las mismas por contrarias a los principios fundamentales del sistema, considerados como expresión del Derecho Natural -*the common law will controul acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void*; y en otro lugar de la misma sentencia se hace una equiparación expresa entre *common law* y *natural equity*, correlativa a su vez de *iura naturae*, que son *inmutabilia*- son términos literales de este capital fallo, que conocen y utilizan los juristas americanos de la independencia-, tal tesis perecerá ex post en el Derecho Inglés. De modo que hasta 1803, en el famoso e histórico caso *Marbury v. Madison*, obra del juez Marshall, el Tribunal Supremo

*caso concreto*, pudiendo concurrir múltiples fallos, provenientes de distintos tribunales en torno a la constitucionalidad de la norma, hasta que el Tribunal Máximo ciñe definitivamente la causa (127).

En este esquema, la regla reputada inconstitucional permanece vigente y no se aplica en el caso concreto pero se efectiviza normalmente por los órganos jurisdiccionales, salvo que se alegue nuevamente inconstitucionalidad, supuesto que determina la reapertura de la causa, *case by case*. Por último, la declaración de inconstitucionalidad de una ley, no implica la de una ley análoga o similar (128). El diseño argentino, derivado del americano, se caracteriza por efectos *inter partes* de la declaración de inconstitucionalidad y su vinculación a la norma y relación jurídica que la motivaron (129).

---

no va a extraer de estos presupuestos la doctrina del control de constitucionalidad sobre las leyes de la federación, *vide* CORWIN, E. (1963) *The doctrine of judicial review. Its legal and historical basis, and other essays*, Gloucester, Massachusetts, pp. 77 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981) "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, C.E.P.C., Madrid, V. I, N° I, pp. 36-37.

(127) Ello se presenta como consecuencia del poder de control de constitucionalidad que detentan los jueces, inherente al poder de interpretación de normas. Todos los jueces, cualquiera fuere el rango, son custodios de la supremacía constitucional a través del caso sometido a su consideración. La Corte Suprema, en la jerarquía judicial, es la autoridad final en materia de control de constitucionalidad, *cfr.* NOWAK, J. Y ROTUNDA, R. (1991) *Constitutional Law*, West Publishing, Minnesota, p. 5. El Tribunal Constitucional, explica García de Enterría, es una pieza inventada de arriba a abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década del siglo XX, por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, *lex superior*, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema, *cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981) "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, C.E.P.C., Madrid, V. I, N° I, pp. 36-37.

(128) SAGÜÉS, N. "Cosa Juzgada Constitucional", *LL*, 1995-E-1064. En esta esquematización, la sentencia que declara la inconstitucionalidad tiene como efecto impedir su aplicabilidad al caso concreto, por tanto, su decisión es de resultado negativo, pues impone la pérdida de obligatoriedad de la norma impugnada en el caso justiciable, *cfr.* COLOMBO CAMPBELL, J. (2001) "La protección jurisdiccional de la Constitución", *Revista de Derecho*, N° XII, Universidad Austral de Chile, Santiago de Chile, p. 26. No obstante, en los cuadros de jurisdicción concentrada se tolera la inconstitucionalidad por conexidad o consecuencial, extendiendo *ex officio* a las disposiciones idénticas, confirmativas, aplicativas y análogas en relación a aquella impugnada y anulada, *vide* Artículos 27 de la Legge N° 87 de la Corte Costituzionale, 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, 81 de la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica. En tales diseños, el Tribunal podrá declarar la nulidad de los preceptos impugnados, así como la de aquellos otros no impugnados en la misma ley a los que por conexión o consecuencia pueda extenderse la inconstitucionalidad, *cfr.* FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1984) *La jurisdicción constitucional en España*, Dykinson, Madrid, p. 81. Sobre el punto, *vide etiam* PULIDO QUECEDO, M. (1995) *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, p. 309; Mezzetti, L. - BELLETTI, M. (2010) *Codice Costituzionale*, Giappichelli, Torino, p. 827.

(129) Corwin destaca que la sentencia constitucional supone un control amplio, continuo, no derogatorio de las normas por vía incidental, de excepción u defensa procesal, por acción u recurso, ejercido sólo en controversias entre partes con intereses contrapuestos, en la que la formulación de inconstitucionalidad determina los derechos en conflicto y conduce a la condena u absolución en el

b)- *Modelo austriaco*: consagrado en 1919-1920 (130) y tipificado por la existencia de una *Corte especializada que monopoliza el control de constitucionalidad, cuyo fallos detentan efectos erga omnes e importan la abolición del precepto legal*, cuando es declarado inconstitucional por sentencia estimatoria que recepta la pretensión impugnatoria por inconstitucionalidad. Sus pronunciamientos no sólo obligan a los demás tribunales, también a la Administración Pública (131).

c)- *Modelo mixto*: Al combinar los dos sistemas precedentes, se diseña un régimen que confiere a los jueces del Poder Judicial un control de constitucionalidad de con-

---

caso concreto, *cf.* CORWIN, E. (1990) *The Constitution and what it means today*, Princeton University Press, New Jersey, p. 213. En este sentido, SAGÜÉS, N. (1992) *Recurso Extraordinario. Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, T. I, p. 182.

(130) La Constitución Austríaca –*Oktober-Verfassung*– habrá de inaugurar tal sistema, por el que se atribuía al Tribunal que se creaba funciones de control abstracto, aunque la Constitución de Weimar de 1919 ya había creado un Tribunal de Justicia Constitucional, *vide* FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1984) *La jurisdicción constitucional en España*, Dykinson, Madrid, p. 29. La recepción en Europa de la doctrina americana del control judicial de las leyes resultará, por tanto, muy tardía, concretamente en la primera posguerra de este siglo, en 1919-1920, y por lo demás, obra personal de Hans Kelsen. Estructuralmente el sistema kelseniano introduce un cambio básico: concretar la jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes en un solo Tribunal y no, como es el sistema americano genuino, en todos los Tribunales, si bien esta pluralidad de fuentes de decisión sobre la constitucionalidad de las leyes se ordene sobre el principio *stare decisis*, que vincula todos los Tribunales a la jurisprudencia de la Corte Suprema. La fórmula kelseniana consagra un sistema de *jurisdicción concentrada* frente al sistema de jurisdicción difusa, propio del constitucionalismo americano. Pero este cambio no es meramente estructural, pues, para Kelsen el Tribunal Constitucional no es propiamente un Tribunal, porque un Tribunal es un órgano que aplica una norma previa a hechos concretos y el Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas las dos: la Constitución y la Ley. No es, pues, un Tribunal porque no enjuicia situaciones concretas, hechos específicos, sino que limita su función a resolver este problema de la *Vereinbarkeit*, de la compatibilidad entre dos normas abstractas, eliminando la norma incompatible con la norma suprema, pero haciéndolo *ex nunc*, no *ex tunc*. Lo que quiere decir que el vicio de inconstitucionalidad de la Ley no es propiamente un vicio que genere una nulidad de pleno derecho de esta última, sino constitutivo de una simple anulabilidad, anulabilidad que hace de la sentencia del Tribunal Constitucional que la hace valer una sentencia constitutiva, *vide* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981) “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, C.E.P.C., Madrid, V. I, N° I, p. 36-37.

(131) SAGÜÉS, N. “Cosa Juzgada Constitucional”, *LL*, 1995-E-1064. En esta ingeniería procesal constitucional, la sentencia importa expresión procesal de la garantía objetiva de supremacía constitucional en razón de que conlleva la nulidad o anulabilidad de la norma reputada inconstitucional, esto es, derogación del precepto lesivo de la Carta Fundamental, *cf.* NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2003) “Tópicos de jurisdicción y justicia constitucional”, *Revista de Derecho*, N° XIV, Universidad Austral de Chile, Santiago de Chile, p. 48. Favoreu señala que como condición de existencia de los Tribunales Constitucionales un *monopolio en materia contenciosa-constitucional*. La justicia constitucional se concentra en una jurisdicción específica a través de un órgano centralizado y concentrado en el exclusivamente la potestad de anular normas contrarias a la Constitución, *cf.* FAVOREU, L. (1994) *Los Tribunales Constitucionales*, Ariel, Barcelona, p. 14. La declaración de inconstitucionalidad, precisa Cappelletti, ostenta efectos generales, *erga omnes* y *pro futuro* con carácter de cosa juzgada, de modo que la norma anulada deja de existir, extremo que enderezó a Kelsen a sostener el carácter de *legislador negativo* del Tribunal Constitucional, *cf.* CAPPELLETTI, M. (1986) “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° VI, Madrid, p. 12.



formidad con el modelo americano y al Tribunal o Corte Constitucional un control de raigambre austríaca (132). En esta modelación surgen *formas de compatibilización*: c.I)- el control de constitucionalidad se plantea ante los órganos judiciales, al deducir o contestar la demanda, en el caso concreto donde se debaten los términos de una relación jurídica específica, y a través de una acción declarativa de tipo abstracto ante la Corte Constitucional; c.II)- las sentencias de los jueces del Poder Judicial sólo tiene efectos para el caso concreto, mientras que las del Tribunal Constitucional poseen eficacia *erga omnes*, inclusive para el Tribunal Superior o Corte Suprema; c.III)- ciertas resoluciones sobre materia constitucional de la Corte o Tribunal Supremo son recurribles ante el Tribunal Constitucional, cuya decisión como intérprete final y supremo de la Constitución, prevalece sobre los criterios de la Corte o Tribunal Supremo (133).

Tanto el modelo americano como el modelo austriaco han sido objeto de *reajustes*:

**a)- Reajustes al modelo americano:** En el diseño americano como nota positiva se destaca su *flexibilidad*, ya que la pretensión de inconstitucionalidad se puede deducir en cualquier pleito y ante cualquier juez; su *riqueza*, pues, permite el estudio e interpretación de la Constitución por una diversidad de centros tribunales; su *rapidez*, debido a que el litigante obtiene en primera instancia un resultado procesal sobre su articulación de inconstitucionalidad, decisión que puede ser definitiva si media consentimiento. Empero, el sistema fomenta *incoherencias hermenéuticas*, ya que si todos los órganos jurisdiccionales interpretan la Constitución, emerge el riesgo de respuestas contradictorias (134) y, en consecuencia, el desencanto del *strepitus fori*. Troper (135) consigna que, antes que nada, el poder de una Corte depende de la previsibilidad de su jurisprudencia. Otro déficit funcional es *la eficacia de la sentencia definitiva para el caso concreto* (136), ya que ¿es razonable permitir en un orden jurídico

---

(132) Calamandrei ya había percibido la existencia en el Derecho Italiano de un *sistema intermedio de control*, atento que el recurso constitucional que ha de decidir un órgano específico debía resultar autónomo, concentrado, principal, general y constitutivo, en contraposición con el recurso judicial que deviene necesariamente difuso, incidental, especial y declarativo. De esta forma, investida la Corte Constitucional del poder de declarar en vía principal la ilegitimidad de una ley por inconstitucionalidad, asume también carácter incidental en cuanto a su introducción, con la excepción de incompetencia legislativa, o sea cuando no exista invasión de las esferas legislativas del Estado, pues en estos casos puede plantearse la controversia constitucional en forma directa ante la Corte, *cfr.* CALAMANDREI, P. (1956) "Corte Costituzionale et autorità giudiziaria", *Rivista de Diritto Processuale Civile*, N° I, Cedam, Padova, p. 7.

(133) SAGÜÉS, N. *Cosa Juzgada Constitucional*, LL, 1995-E-1065.

(134) En razón de que la ley interpretada por el Tribunal Constitucional conserva su mismo rango, ya que puede seguir siendo cuestionada si no existe autovinculación de aquel a sus decisiones, *vide* PÉREZ SERRANO, N. (1985) *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, C.E.C., Madrid, p. 265.

(135) TROPER, M. (2006) *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, P.U.L., Québec, p. 44.

(136) Todas las críticas convergen en señalar la falta de legitimidad democrática. En efecto, el debate Hand-Wechsler resulta manifestación de la tensión entre el instituto de *judicial review* y la legitimidad del gobierno democrático; el carácter contra mayoritario de la revisión judicial de los actos del Congreso ha conducido a jueces y doctrinarios al diseño de la doctrina de *self restraint* a efectos de que las Cortes solo excepcionalmente se aparten de las decisiones de otros órganos

presidido por la norma constitucional, la vigencia de una ley que el Máximo Tribunal reputa opuesta a la Constitución?

Bajo tales premisas, razones, entre otras, de seguridad jurídica –con miras a la previsibilidad respecto de las reglas, principios y doctrina de la Constitución–, igualdad de trato –en el sentido que todo justiciable titulariza el derecho a que se aplique la misma Constitución y no diversas versiones de ella–, prestigio institucional, presunción de verdad y justicia que invisten las sentencias del máximo cuerpo jurisdiccional resultan invocadas como standards de ajuste, a saber:

**a.1)- Doctrina del *Stare Decisis et Quia Non Movere*:** para tal entendimiento judicial *una vez que un punto de Derecho es resuelto por una decisión, constituye un precedente que no puede ser omitido en su consideración: un precedente para guía de los órganos jurisdiccionales en casos sustancialmente similares, la adhesión al cual es necesaria para preservar la certeza, estabilidad y simetría de la jurisprudencia* (137).

---

del Estado, *cfr.* GUNTHER, G. (1991) *Constitutional Law*, The Foundation Press, New York., p. 14. La observación en torno al gobierno de los jueces –*government by judiciary*– arraiga en la crítica al *darwinismo jurídico* que proscribió toda intervención legislativa en la vida económica, principalmente en las sentencias de la Corte Americana de comienzos del siglo XX, y que Lambert propagará en la ciencia constitucional francesa, *vide* LAMBERT, E. (1921) *Le Gouvernement des juges et la Lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París; HAURIUO, M. (1929) *Précis de Droit Constitutionnel*, Sirey, París, p. 273. Empero, se opone que el Poder Judicial, en todo caso, ejerce el poder de contralor de constitucionalidad, en calidad de guardián del proceso democrático y al declarar la inconstitucionalidad de una acción nacida de un poder más representativo lo hace para mantener la representatividad frente a excesos ilegítimos, *cfr.* MILLER, J. “El poder político del Poder Judicial y sus límites frente a la Democracia”, *ED*, 120-924.

(137) Se aduce que los fundamentos del principio del *stare decisis* son totalmente distintos de los que afectan el principio de jerarquía jurisprudencial, *cfr.* ALONSO GARCÍA, E. (1984) *La interpretación de la Constitución*, C.E.P.C., Madrid, p. 188. García de Enterría precisa que la pluralidad de fuentes de decisión sobre la constitucionalidad de las leyes se ordena sobre la base de un *principio integrador y unitario* -*stare decisis*-, en virtud del cual se impone un nexo de vinculación de todos los tribunales a la jurisprudencia del Máximo intérprete y custodio de la Ley Fundamental como norma superior, la Corte Suprema de Justicia, *cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1982) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, p. 131. Neil MacCormick aduce que importa un modo de *certificar* la regularidad de la actividad judicial, en cuya virtud se adquiere un elemento de vinculación, *cfr.* MACCORMICK, N. (1997) *Interpreting precedents: a comparative study*, Ashgate-Dartmouth, p. 170. Kelsen estima que la doctrina del *stare decisis* aproxima el modelo americano al europeo, por lo menos en cuanto a efectos mediante otorgamiento de estabilidad y uniformidad del precedente judicial. También puntualiza que no detenta rigor absoluto, dado que no resulta clara su validez en referencia a la interpretación constitucional que según la jurisprudencia americana está siempre abierta a investigación, *cfr.* KELSEN, H. *El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y americana*, *ED*, 156-796. Precisamente la doctrina judicial americana establece al respecto que el Máximo Tribunal puede volver sobre sus precedentes y modificarlos si los estima erróneos. El *justice Stone* ha sostenido que no es posible adherir ciegamente a la regla del precedente sin perjuicio de señalar que el *stare decisis* es una sabia regla pues a veces es más importante fijar una posición sobre ciertas materias que establecer una posición absolutamente correcta, *cfr.* CORWIN, E. (1990) *The Constitution and what it means*, Princeton University Press, New Jersey, p. 224. Asimismo se advierte que la técnica del precedente opera sobre la *analogía-distinción de presupuestos fácticos y argumentos jurídicos*, de modo que cuando el Tribunal extiende el concepto en base a la concepción social que lo sustenta no se apela al precedente, *cfr.* ALONSO GARCÍA, E. (1984) *La interpretación de*

El precedente, puntualiza Peczenik, es una decisión de un caso concreto que se torna patrón o modelo autoritativo para futuras decisiones (138).

La doctrina de la obligatoriedad del precedente, constriñe a distinguir en las sentencias de contenido cotizado por emanar de la Corte Suprema, el *holding* o esencia de argumentación y el *obiter dictum* o puntos marginales del fallo, que no sientan precedente vinculatorio (139); a este tenor, su variante vertical refiere a la sujeción del propio órgano jurisdiccional al *corpus* de doctrina judicial por él mismo elaborada, mientras que su perfil horizontal supone el acatamiento de la magistratura inferior a los precedentes desplegados en decisiones de Tribunales Superiores (140).

Como se consigna en el voto en disidencia –*dissenting opinion*– de Justice Brandeis in re *Burnet v. Colorado Oil & Gas Co.* (141) el *Stare decisis* no tiene, como la regla de *res iudicata*, una autoridad universal e inexorable –*Stare decisis is not, like the rule of res iudicata, universal inexorable command*–. Tal exégesis se remonta al fallo in re *Smith v. Turner* (142) a través del pronunciamiento en disidencia del Chief Justice Taney al advertir que debe estimarse en lo futuro como ley de la Corte, que su opinión sobre la interpretación de la Constitución está siempre abierta discusión cuando se supone que ha sido fundada en error y que su autoridad judicial dependerá siempre en lo futuro de la fuerza del razonamiento en que se apoya –*its opinion upon the construction of the Constitution is always open to discussion when it is supposed to have*

---

*la Constitución*, C.E.P.C., Madrid, p. 113. Para un análisis *in profundis* de la técnica del precedente y su distinción con el precedente judicial en el contexto de la Unión Europea, vide CARNOTA, W. (2012) *Tratado de los Tratados Internacionales*, La Ley, Buenos Aires, T. I, p. 59 y ss.

(138) PECZENIK, A. (1989) *On law and reason*, Springer, The Netherlands, p. 333.

(139) MACCORMICK, N. (1997) *Interpreting precedents: a comparative study*, Ashgate-Dartmouth, p. 511 y 515, entiende por *obiter dicta* toda proposición de derecho contenida en la decisión que no forma parte de la *ratio essendi*, mientras que éste último término, acuñado por John Austin en 1869, refiere a la parte del precedente que es autoritativa.

(140) Se proponen otras tipologías de precedentes: *vertical*, pues establece una relación jerárquica entre el Tribunal del que emana el precedente y el Tribunal que lo usufructúa, con variante *ascendente* –el precedente proviene del Tribunal inferior– y *descendente* –la fuente del precedente es el Tribunal Superior–; *horizontal*, cuando los dos tribunales en cuestión se sitúan en el mismo nivel de la organización judicial; *autoprecedente*, si procede de una resolución anterior del mismo Tribunal, sobre el punto vide TARUFFO, M. (1994) “Dimensioni del precedente giudiziario”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° II, p. 421 y ss. Según la distinción entre *res iudicata* y *res interpretata*, se discrimina el precedente de solución del precedente de interpretación, vide MACCORMICK, N. (1997) *Interpreting precedents: a comparative study*, Ashgate-Dartmouth, p. 126.

(141) 285 U.S. 393 (1932), en donde añade: “(...) *The rule of stare decisis, though one tending to consistency and uniformity of decision, is not inflexible. Whether it shall be followed or departed from is a question entirely within the discretion of the court, which is again called upon to consider a question once decided* Hertz v. Woodman, 218 U. S. 205, 218 U. S. 212. *Stare decisis is usually the wise policy, because, in most matters, it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right.* Compare National Bank v. Whitney, 103 U. S. 99, 103 U. S. 102”.

(142) 48 U.S. 283 (1849).

*been founded in error, and that its judicial authority should hereafter depend altogether on the force of the reasoning by which it is supported-* (143).

Por consiguiente, el precedente admite modificación por decisión de la Corte Suprema, bajo la pretensión de que dicha variación en el *iter* jurisprudencial obedezca a cambios excepcionales, o bien se verifique el transcurso de un considerable periodo de tiempo (144). Aun con estos límites, se observa (145) que la doctrina del *Stare decisis* asume intensidad, pues si la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una norma, aunque no la derogue formalmente, ella rara vez resulta aplicada por otra autoridad, convirtiéndose prácticamente en letra muerta. Se despeja que la autoridad del precedente *-binding force-* se incrementa si existe una fuerte necesidad de regulación en un área determinada, o bien, ésta no resulta cubierta suficientemente por la legislación, mientras que su valor disminuye si se constatan divisiones en el pronunciamiento del Tribunal (146).

---

(143) *Vide in extenso* SAGÜÉS, N. (1992) *Recurso Extraordinario. Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, T. I, p. 77. Supone en la sentencia el cumplimiento de dos funciones: resolver una litis concreta y repercutir en los casos futuros que atiendan a problemas análogos, *cfr.* SAGÜÉS, N. (2006) *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Ad Hoc, Buenos Aires, p. 269. En rigor, conlleva un standard de seguimiento de decisiones previas en la interpretación de reglas legales consideradas aplicables al caso presente, *cfr.* MACCORMICK, N. (1997) *Interpreting precedents: a comparative study*, Ashgate-Dartmouth, p. 270.

(144) SOLA, V. (2006) *Derecho Constitucional*, Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 154. Empero, también se estima que la jurisprudencia no permite ciertamente reconocer una línea inequívoca y fija. La razón -y la dificultad- para ello estriba en que los límites del control por el Tribunal Constitucional no se pueden describir siempre en una fórmula pétreo, válida en todo caso, *vide* HESSE, K. (2005) "La Jurisprudencia y la jurisdicción constitucional", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° IV, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, p. 166. En este sentido, repárese en el Artículo 2 inciso 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador de 2009 en la medida que si bien sienta como principio de justicia constitucional el de obligatoriedad del precedente constitucional -“(…) Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante”-, dispone que la Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

(145) En efecto, se observa que el problema de estas técnicas radica en que si no resultan acompañadas de una *garantía* su utilidad puede ser nula, *vide* Pérez Serrano, N. (1985) *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, C.E.C., Madrid, p. 224. No obstante, la reiteración por parte del Tribunal de una declaración de inconstitucionalidad acelerará la derogación o modificación de la norma cuestionada, aún cuando el control de constitucionalidad produzca el efecto de la inaplicabilidad de la norma entre partes, sin afectar la vigencia de la disposición de que se trate, *cfr.* GELLI, A. (2008) *Constitución de la Nación Argentina*, FEDYE, Buenos Aires, T. I, p. 472. En el sentido del texto, *vide* SERRA, M. (1992) *Procesos y recursos constitucionales*, Depalma, Buenos Aires, p. 88. También se reseña que la obligatoriedad del precedente significa que existe un deber jurídicamente sancionado de obediencia hacia el juez que ante él está sometido; pero la sanción por inobservancia de dicho deber no se refiere a la persona del juez, como sucede para las disposiciones legislativas a las cuales el juez se encuentra indudablemente sometido, sino que refiere solamente a la resolución por él expedida que será anulada o reformada por el juez superior en aplicación de la regla del *stare decisis*, *vide* CHIARLONI, S. "La autoridad del precedente jurisprudencial", *LL*, 04.11.2010, I.

(146) PECZENIK, A. (1989) *On law and reason*, Springer, The Netherlands, pp. 424-425.

**a.2)- Doctrina de la interpretación objetiva:** En el pronunciamiento *in re Cohens v. Virginia* (147), la Corte Suprema Americana señaló que la interpretación objetiva de la Constitución revela gran influencia y que la práctica y aceptación de la misma por un período de tiempo proporciona una respuesta irresistible a las objeciones y fija la interpretación. En el precedente *Missouri v. Illinois* (148), precisó que en los casos de duda, las decisiones judiciales solemnes, consideradas y confirmadas durante largo tiempo y el asentimiento silencioso del pueblo a una práctica ininterrumpible e invariable, deberían influir sobre la acción de los tribunales a favor de un principio así establecido, aun cuando las opiniones de los jueces resulten diferentes (149). La doctrina de la interpretación objetiva otorga valor a una exégesis de la Constitución, avalada por la praxis jurídica y la *communis opinio*.

En el Derecho Judicial Argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que *el ingente papel que en la elaboración del derecho se asigna a los jueces, sólo reconoce como límite el requerimiento de que sus sentencias dispongan de sustento serio y objetivo, pues la que sólo traducen posiciones subjetivas de los jueces, no son vividas como jurídicas*, de ello, concluye el Alto Tribunal, *si el texto legal aplicable permite al interprete un amplio marco de decisión, el requisito de objetividad sólo se cumple si la articulación del dictum obedece, antes que a valores personales del juzgador, a los que se apoyan en la doctrina y jurisprudencia de la ley, que revelan la trama de un sistema a cerca de cuyos méritos no incumbe a los magistrados pronunciarse* (150).

---

(147) 19 U.S. 264 (1821).

(148) 180 U.S. 208 (1901).

(149) *Vide in extenso* SAGÜÉS, N. (1987) "Sentencia arbitraria por subjetivismo judicial", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba*, V. X, p. 765.

(150) CSJN, Fallos, 306:1472.

**a.3)-** *Doctrina de la eficacia vinculante, aunque condicionada, de las sentencias de la Corte Suprema (151); de obligatoriedad atenuada (152); afirmativa de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema por Tribunales Inferiores (153):* Este temperamento jurisprudencial ha sido pergeñado por la doctrina pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (154), tras un *corsi et recorsi* jurisprudencial (155). En concreto, el Tribunal cimero alerta que sus *fallos merecen, en principio, seguimiento*

---

(151) SAGÜÉS, N. “Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *ED* 93-893.

(152) LEGARRE, S. - RIVERA, J. “La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical”, *LL*, 20.08.2009.

(153) BIANCHI, A. *De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema*, EDCO, 2000/2001-337.

(154) Reténgase que en el sistema institucional argentino, se advierte la inexistencia de norma de constancia explícita en la Carta Magna que reconozca obligatoriedad a los precedentes del Máximo Tribunal. No obstante, la Constitución de 1949 estatúa que la interpretación de la Corte Suprema de Justicia hiciera de los artículos de la Constitución por Recurso Extraordinario, y de los códigos y leyes por Recurso de Casación, sería aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales. Asimismo la legislación infraconstitucional si bien dispuso la obligatoriedad de la doctrina previsional de la Suprema Corte Federal –Artículo 19, Ley N° 24.463–, tal previsión positiva devino derogada –Ley N° 26.025–. En su realidad judicial, es práctica habitual de la Corte la técnica del *autoprecedente*, la que se remonta al pronunciamiento Tomkinson, Tomás y Cía., en 1864, en donde el Alto Tribunal estableció que “(...) *no se deduce que el presente caso sea de distinta naturaleza que el caso Thompson y Compañía, y deba resolverse por otros principios*”, vide CSJN, Fallos I:148, mientras que la primera referencia al *stare decisis* vertical se data en 1870, *in re* Videla, Magdalena c. García Aguilera, Vicente, causa en la que el Tribunal Federal de Primera Instancia resolvió: “(...) *los juzgados seccionales deben ajustar sus procedimientos y resoluciones, a la decisiones de la Corte Suprema, que en casos análogos, dicte haciendo jurisprudencia*”, lo que devino confirmado por la Corte Federal *por sus fundamentos*, *cf.* CSJN, Fallos 9:53. Téngase presente que éste último vector se identifica en el *iter* de mutaciones registrado por la Corte Federal en orden a la eficacia vinculante de su jurisprudencia, en cuanto registro de un criterios de sujeción al *corpus iuris* judicial equivalente al sistema anglosajón de *Stare Decisis* - Doctrina de seguimiento simple-, con la salvedad de que dicho fallo no resulto objeto de seguimiento posterior, *cf.* SAGÜÉS, N. (2008) “Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos” *ap. La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 277 y ss. La revista de dichas experiencias, en rigor, contribuye a poner de relieve, como lo anticipara Cappelletti, que las diferencias entre los sistemas de *civil law* y *common law*, no son tan abismales como podría pensarse, *cf.* CAPPELLETTI, M. (1973) *El proceso civil en el Derecho Comparado*, EJEA, Buenos Aires, p. 10. De modo que, como observa Wróblewsky, las decisiones de los Superiores Tribunales, *de facto* influyen en el proceso de elaboración de la decisión judicial y tornan uniforme la administración de justicia, *cf.* WRÓBLEWSKY, J. (1992) *The Judicial Application of Law*, Kluwer, Netherlands, p. 320.

(155) CSJN, Fallos 307:207, 671.

por los tribunales inferiores (156). Ello implica para estos un *deber*, originariamente *moral* (157), de carácter *institucional* (158).

La razón de esta primacía es doble: a)- *objetiva*: la Corte Suprema es intérprete final de la Constitución, sus fallos son inimpugnables y en definitiva, si un juez inferior resuelve en contra de su doctrina judicial, el fallo resulta susceptible de revocación por el Máximo Tribunal, en virtud del principio de economía procesal (159); b)- *subjetiva*: deviene preciso con fiar en la pureza de los miembros de la Corte, en su amor a la justicia, en su solicitud a la verdad, en la superioridad de su espíritu (160). Ahora bien, tal tesis reconoce un límite: los *órganos jurisdiccionales como regla están obligados a seguir a la Corte Suprema, pero pueden apartarse de ella, alegando razones valederas o controvirtiendo los fundamentos del Alto Tribunal, de lo contrario importa desconocimiento deliberado a la autoridad definitiva para la justicia de la República* (161).

La vinculación se abastece en el carácter de la Suprema Corte como *intérprete final de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia* (162), en motivos de *celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar el dispendio de actividad jurisdiccional* (163) como en razones de *tranquilidad pública, paz social y*

---

(156) Sobre el punto, *vide in extenso* ROSS, A. (2004) *On law and justice*, The Law Book Exchange, New Jersey, pp. 86 y ss.; MACCORMICK, N. (1997) *Interpreting precedents: a comparative study*, Ashgate-Dartmouth; PECZENIK, A. (1989) *On law and reason*, Springer, The Netherlands, p. 333 y ss.; GERHARDT, M. (2008) *The power of precedent*, Oxford University Press; DUXBURY, N. (2008) *The nature and authority of precedent*, Cambridge University Press; SILTALA, R. (2000) *A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*, Hart Publishing, Portland; CROSS, R. – HARRIS, J. (1991) *Precedent in English Law*, Clarendon Press; SAGÜÉS, N. “La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema”, *LL* 2008-E-837; BIDART CAMPOS, G. “La jurisprudencia obligatoria”, *LL*, 2001-F-1492; SAGÜÉS, N. (2008) “Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos” *ap. La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 277 y ss.; BIANCHI, A. (1992) *Control de Constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, T. I, p. 358; MORELLO, A. (1994) *El proceso justo*, Platense, La Plata, pp. 69 y ss.; IBARLUCÍA, E. “Sobre la obligatoriedad del seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *ED*, Suplemento Derecho Constitucional, 2006-215; *Idem.*, “Efectos de la descalificación por arbitrariedad de la doctrina de un fallo plenario por la Corte Suprema”, *LL*, 2007-E-1165; *Idem.* “Fallos plenarios y doctrina de la Corte Suprema”, *LL*, 15.12.2008; *Idem.* “Los Fallos Plenarios. Su constitucionalidad y aplicación retroactiva”, *LL*, 28.07.2009; SALGADO, J. (2010) *La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Suprema*, en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Falcón, E. –Dir.–, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, T. II, p. 783, *inter alia*.

(157) CSJN, Fallos, 25:368.

(158) CSJN, Fallos, 212:59.

(159) CSJN, Fallos, 212:59.

(160) CSJN, Fallos, 12:152.

(161) CSJN, Fallos 212:51, 160; 303:1770; 307:1094; 312:2008; 315:1319, *inter alia*.

(162) CSJN, Fallos 312:2007.

(163) CSJN, Fallos 323: 555.

*estabilidad de las instituciones* (164), y, por último, en la garantía de *igualdad ante la ley que obliga a dar solución igual a casos análogos* y de *seguridad jurídica que favorece la estabilidad y certeza del Derecho* (165).

Bianchi (166) revista sus condiciones de procedencia, a saber: a) existencia de un caso dictado por un Tribunal Superior cuya doctrina es aplicable a los casos que deben resolver los Tribunales Inferiores; b) si el caso no es aplicado, la Corte Suprema revocará el fallo; c) el caso del precedente no posee efectos *erga omnes*; d) el juez inferior puede apartamiento del precedente si fundamenta su apartamiento; e) no hay obligación de seguir los obiter dicta.

Sagüés conviene en advertir que, sea por la doctrina del *Stare decisis*, sea por la teoría de la interpretación objetiva, sea por tesis de eficacia vinculante, aunque condicionada, un sistema de control difuso, diseñado para otorgar efectos exclusivamente circunscriptos al caso concreto de una sentencia en materia constitucional, deriva hacia *efectos más amplios de cosa juzgada, expansivamente proyectables hacia procesos distintos* (167).

Carnota ajusta que nuestro sistema al plegarse a las características del modelo continental romanista, no adscribe a la reverencia del precedente, ni a la doctrina del *Stare decisis*; aunque dentro de la tesitura de una mayor aproximación entre el Derecho Civil y el *Common Law*, es dable observar por nuestra Corte Suprema un *mayor acento acerca de la relevancia y trascendencia de sus propios antecedentes para casos futuros* (168), pareciendo manejarse con *superprecedentes* o pronunciamientos muy significativos de la jurisdicción constitucional: si bien nuestro control de constitucionalidad no ha perdido aún la nota del efecto limitado, restringido o *interpartes*, no es

---

(164) CSJN, Fallos 326:1204.

(165) CSJN, Fallos 330:3170.

(166) BIANCHI, A. (1992) *Control de Constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, T. I, p. 349.

(167) SAGÜÉS, N. "Cosa Juzgada Constitucional", *LL*, 1995-E-1068. Hitters destaca que si bien existen grandes similitudes entre el modelo estadounidense y el argentino -en cuanto al control difuso-, también se anota una importante diferencia, dado que con la vigencia de *stare decisis*, si la Corte Federal declara la inconstitucionalidad de una ley, dicha solución asume efectos *erga omnes*, pues tal norma queda descabezada, anulada, y ningún otro magistrado puede aplicarla, *cfr.* HITTERS, C. "Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes", *ED*, 116-903. La conclusión acerca de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico norteamericano, resulta sumamente divergente y merecedora de una serie de diversas precisiones, *vide* TRIBE, L. (1988) *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, p. 27. Por su parte, el Tribunal cimero de orden federal ha expresado: "(...) uno de los grandes aciertos de los autores de la Constitución de los Estados Unidos de América consistió en limitar los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad a la causa o litigio donde aquella fue declarada, sin afectar empero los efectos normales de las leyes acerca de las personas extrañas al pleito en que la invalidez fue pronunciada", *cfr.* CSJN, Fallos 183:76, 86.

(168) CARNOTA, W. (2012) *Tratado de los Tratados Internacionales*, La Ley, Buenos Aires, T. I, p. 55 y ss.



inhabitual ver como la sociedad espera la revisión de una causa a través del superprecedentes (169).

No obstante, para una tesis la propagación de la vinculación del precedente en la medida que se sujeta a la condición, formulada por MacCormick, de que la decisión formulada en Derecho sobre el caso precedente sea susceptible de *universalizar* (170), vale decir, la decisión producida para el caso precedente puede explicar efectos, en cualquier modo prescriptivos o normativos, sobre la decisión del caso sucesivo solamente bajo la condición de que del precedente específico pueda derivarse una regla aplicable igualmente a los otros casos (171) -extremo comprendido en la doctrina de la Corte Federal bajo el patrón de *casos análogos*-, resulta problematizada por la dogmática con arreglo a la emergencia de variables de complejidad, sea en la determinación de analogía o identidad sustancial, sea en el defecto por asimilaciones improcedentes y distinciones improcedentes (172), que la *questio facti* necesariamente descubre (173).

(169) CARNOTA, W. (2009) *Normas Constitucionales. Su elaboración*, Legis, Buenos Aires, p. 68.

(170) MACCORMICK, N. (1978) *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, pp. 82 y ss. La fuerza jurídica se manifiesta de todas maneras sólo cuando se trata de *objetos litigiosos idénticos*, según doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 4, 31 (39); 20. 56 (86 s.); no obstante, el uso del precedente implica la observancia de reglas de argumentación I) Si puede aducirse un precedente en favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo; II) Quien quiera apartarse de un precedente, corre con la carga de la argumentación, *cf.* ALEXI, R. (1993) *Teoría de los Derechos Fundamentales*, C.E.P.C., Madrid, pp. 536-537. En este sentido, PECZENIK, A. (1989) *On law and reason*, Springer, The Netherlands, p. 196.

(171) TARUFFO, M. (2007) *Precedente y Jurisprudencia*, Anuario Jurídico 2007, Universidad ICESI, Cali, p. 87. Las observaciones al respecto reparan en la personalidad de la función judicial y en el entendimiento de que mientras el funcionario de la Administración Pública actúa de acuerdo al principio de jerarquía, el juez al aplicar la ley no tiene superiores, ejercitando la potestad jurisdiccional no hay ni superior ni inferior, de suerte tal que cada juez o tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejerce la potestad sólo vinculado a la ley, *cf.* MONTERO AROCA, J. (1999) *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 103. El Tribunal de Casación, se argumenta, no resultó instituido para crear una regla que prescribiera la aplicación uniforme de la ley -consecuencia-, sino para controlar su aplicación comparándola con un standard que no es la voluntad del Tribunal Supremo sino la ley misma, *cf.* TROPER, M. (1996) "La forza dei precedenti e gli effetti perversi del Diritto", *Ragion Pratica*, N° VI, p. 71. Para un estudio crítico, *vide in extenso* SALAVERRÍA, J. "El sometimiento del juez sólo a la ley. Para un enfoque post-positivista" *ap. El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, p. 590; *Ibidem*. "La fuerza vinculante del precedente judicial", *Revista Isegoría*, N° XXXV, 2006, p.193. A la par se observa que el problema de la uniformidad de la jurisprudencia no se resuelve prohibiendo a los jueces interpretar como el sistema difuso lo autoriza, en la consideración de que no existiría interpretación alguna sino actividad mecánica de adecuación impropia en la tarea jurisdiccional, sino en abordar la temática a partir de la necesidad de verdaderos Tribunales de Casación, *cf.* GOZAÍNI, O. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, La Ley, Buenos Aires, T. IV, p. 891.

(172) GARAY, A. (2010) *El valor de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina ap. Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Sabsay, D. (Dir.), Hammurabi, Buenos Aires, T. IV, pp. 355 y ss.

(173) Se entiende que la interpretación jurídica, y la interpretación judicial como especie, reconoce entidad *análoga*, suponiendo realidades diversas pero semejantes y en sentidos sólo parcialmente

En efecto, Alexy reseña que el uso del precedente lo constituye el principio de universalidad; exigencia subyacente a toda concepción de justicia de, en cuanto concepción formal, tratar de igual manera a lo igual. Ello revela la dificultad decisiva en el uso del precedente: nunca hay dos casos completamente iguales, de modo que el problema se traslada a la determinación de relevancia de las diferencias (174). Se llega, en consecuencia, a comprender la complejidad del sistema de control de constitucionalidad difuso en el cual, dice Taruffo, cada juez –y por tanto, en última instancia, la Corte Suprema– es juez de la conformidad con la Constitución de las leyes, de los precedentes, y del Derecho en general (175).

También la práctica para la cual, observa Smend, la Ley Fundamental vale tal como la interpreta el Tribunal Constitucional Federal (176), en tanto el juzgador debe atenerse a lo decidido en el pasado (177) –sujeción que se institucionaliza en la forma de precedentes judiciales–, deviene objetada por la consideración de que la titularidad de la soberanía corresponde a las *generaciones vivas* (178), y no a las decisiones de las pasadas.

---

idénticos, *vide* BEUCHOT, M. (2000) *Tratado de Hermenéutica Analógica*, UNAM, México, p. 51. La analogía se presenta cuando se designan realidades de diversa índole con una significación semejante, de modo que no se procura una predicación idéntica sino *predicación parcialmente igual y parcialmente distinta*, *cfr.* KALINOWSKY, G. (1981) *L'Impossible méthaphysique*, Beauchesne, París, p. 211. En su valor argumentativo, la analogía se considera una similitud de estructura bajo la fórmula: A es C lo que C es a D, *cfr.* PERELMAN, C. – OLBRECHTS-TYTECA, L. (2006) *Tratado de la Argumentación*, Gredos, Madrid, p. 570. En rigor, conlleva un razonamiento por analogía la aplicación de un precedente a un caso subsecuente que resulte similar al primero, *vide* PECZENIK, A. (1989) *On law and reason*, Springer, The Netherlands, p. 173; DUXBURY, N. (2008) *The nature and authority of precedent*, Cambridge University, p. 2; LEVI, H. (1949) *An introduction to legal reasoning*, University of Chicago Press, Chicago, pp. 1 y ss., en cuanto *analogical or case by case reasoning, inter alia*.

(174) ALEXY, R. (2008) *Teoría de la argumentación jurídica*, C.E.P.C., Madrid, p. 262.

(175) TARUFFO, M. (2006) *El juez y la rule of law ap. Sobre las fronteras*, Temis, Bogotá, p. 164. No debe marginarse que se postula que, de hecho, cuando una línea coherente de precedentes existe, es como si fueran el correspondiente principio legal diciendo lo que el precedente dice, *cfr.* MACCORMICK, N. (1997) *Interpreting precedents: a comparative study*, Ashgate-Dartmouth, p. 173.

(176) SMEND, R. (1971) *Bundesverfassungsgericht*. Karlsruhe, p. 16.

(177) DWORKIN, R. (1985) *A matter of principle*, Harvard University Press, pp. 28 y ss. En este orden de ideas, el precedente es un evento pasado que sirve de guía a la acción presente, *cfr.* Duxbury, N. (2008) *The nature and authority of precedent*, Cambridge University, p. 1. Grimke advirtió que el sistema de los precedentes judiciales obra, en una grande extensión, como un freno de la conducta de los jueces: "(...) Así como es necesario que haya reglas para refrenar á los individuos privados así tambien es necesario que haya una ley para refrenar al tribunal y los precedentes son esa ley El respeto por los casos que ya han sido juzgados evita cualquier abandono señalado ó habitual del deber aunque no haya de llevarse á tal extremo que se considere siempre obligatorio...," *cfr.* GRIMKE, F. (1870) *Ciencia y Derecho Constitucional: Naturaleza y tendencia de las instituciones libres*, Rosa y Bouret, París, T. II, p. 147.

(178) RUBIO LLORENTE, F. (1993) *La Constitución como fuente del Derecho ap. Estudios sobre la Constitución*, C.E.P.C., Madrid, p. 87.

En todo caso, la vinculación formal a los precedentes de las Supremas Cortes arraiga en la *idea de normatividad de la Constitución* (179); registrándose que el genuino rol de las decisiones de los Tribunales Superiores en este sistema trasunta una alta relevancia *inter alia* para la *uniformidad de la jurisprudencia* (180). Empero, para posiciones críticas el control difuso permitido a los jueces deviene de este modo desvirtuado e inoperante por la aplicación de un precedente que condiciona la libertad de actuar de aquellos, imponiendo una renuncia al conocimiento y al deber de conciencia que tiene todo juzgador, como función esencial a su cargo, de señalar las incongruencias legislativas; el apartamiento sin regla expresa que lo prohíba para evitar que los jueces realicen el efectivo control de constitucionalidad, se concluye, constituye un supuesto de denegación de justicia, máxime si el sistema de inspección de constitucionalidad acepta el control oficioso (181).

Igualmente se repara en que si bien la *conciencia general* denota que los fallos de los órganos judiciales que la Constitución confía como supremos en la defensa de sus derechos, deberes y garantías, deben ser aceptados, la *solvencia del seguimiento* debe ampararse en la *buena imagen* que el Tribunal exhiba, de cuyo contenido surgirá si el acatamiento resulta institucional, moral o científico (182).

**b)- Reajustes al modelo austríaco:** El esquema ideado por Kelsen, que inspira el presente sistema, resulta claro, lógico y drástico: *si una ley es constitucional, lo es para todo caso, y si es inconstitucional, la única alternativa aceptable, es excluirla del orden jurídico como resultado normativo putrefacto* (183). Sin embargo, su rendimiento funcional también repara en correcciones, principalmente en hipótesis de *inconstitucionalidades relativas*, esto es, cuando una misma norma jurídica, aplicada a una relación jurídica específica, produce un resultado constitucional, pero efectivizada en otra genera una solución constitucional distinta (184).

---

(179) MACCORMICK, N. (1997) *Interpreting precedents: A comparative study*, Ashgate-Dartmouth, p. 279.

(180) WRÓBLEWSKY, J. (1992) *The Judicial Application of Law*, Kluwer, Netherlands, p. 71.

(181) GOZAÍNI, O. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, La Ley, Buenos Aires, T. V, pp. 489-490.

(182) GOZAÍNI, O. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, La Ley, Buenos Aires, T. IV, p. 897.

(183) KELSEN, H. (1979) *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, p. 277. A través del monopolio de rechazo con que cuentan los Tribunales Constitucionales, la expulsión del ordenamiento de normas con fuerza de ley opuestas a la Constitución, los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad son claros: la norma contraria a la Constitución desaparece del ordenamiento, con efectos generales, vinculando a todos la decisión, *cf.* PÉREZ SERRANO, N. (1985) *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, C.E.P.C., Madrid, p. 259.

(184) También se previene la emergencia de supuestos en los que se registre la posibilidad de reedición de la discusión litigiosa de una norma reputada constitucional por el Tribunal Constitucional, de modo que puede acaecer que a una demanda de declaración de inconstitucionalidad respecto de precepto legal concreto, planteada por una parte precisa y desestimada por el Tribunal Constitucional, siga luego otra demanda con la misma postulación, por parte diferente y que obtenga sentencia admisorias de la pretensión por el Tribunal, que modifica así su doctrina, *cf.* FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1984) *La jurisdicción constitucional en España*, Dykinson, Madrid, p. 117.

Otro escollo decanta del supuesto de *interpretaciones constitucionales o inconstitucionales de la misma ley*, de modo que cuando un mismo texto legal permite dos interpretaciones, una constitucional y la otra opuesta a la norma fundamental, se prefiere la primera *-pro constitutionem-*.

No obstante, si el Tribunal optó por la segunda, ¿es factible la derogación de interpretaciones inconstitucionales de leyes, en lugar de leyes? Por vía constitucional, legal o jurisprudencial, el diseño austríaco reconoce tentativas de soluciones correctoras a los problemas puntualizados (185):

**b.1)- Doctrina de los dos planos de inconstitucionalidad:** Si la ley es inconstitucional por vicios o defectos de procedimiento, corresponde su anulación total, ya que es norma elaborada en contradicción con el trámite constitucional. Pero si el vicio o defecto es de contenido, la sentencia del Tribunal Constitucional se ciñe al caso concreto. Tal el criterio del Tribunal de Garantías Constitucionales, creado por la Constitución Española Republicana de 1931 (186).

**b.2)- Doctrina de la discrecionalidad:** Libra al Tribunal Constitucional la opción de conferir a la sentencia que califica como inconstitucional una ley, efectos *inter partes* o *erga omnes*, según el prudente arbitrio del tribunal. Tal el sistema de la Constitución de Turquía de 1961, al amparo del Artículo 125 (187).

**b.3)- Doctrina de la posibilidad de rediscusión:** Si el Tribunal Constitucional reputa a una norma inconstitucional, la elimina del ordenamiento jurídico, pero si la considera fiel a la norma constitucional, ello no impide evaluar nuevamente otra objeción de inconstitucionalidad sobre la misma norma, sea por un período determinado de tiempo, sea en forma inmediata. En esta variable se inscribe la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica de 1989 (188).

---

(185) SAGÜÉS, N. *Cosa Juzgada Constitucional*, LL, 1995-E-1070.

(186) El Artículo 121 de la Constitución de la II República Española puntualizaba: “*Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de: a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes. b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades. c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos surjan entre el Estado y las Regiones autónomas y los de éstas entre sí. d) El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República. e) La responsabilidad criminal del Jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros. f) La responsabilidad criminal del presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República*”.

(187) La Constitución de la República de Turquía de 1982, en su Artículo 152 estatuye que las decisiones de la Corte Constitucional son finales y las resoluciones de anulación no resultarán publicas sin motivación escrita, previendo que en el supuesto de anulación, total o parcial, de leyes o reglamentos con fuerza de ley, la Corte Constitucional no actuará como legislador y no impedirá su juzgamiento en una nueva implementación.

(188) El Artículo 113 de la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, N° 7135, de fecha 11.10.1989, dispone: “(...) *La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.*” En la disciplina de la acción de inconstitucionalidad precisa su Artículo 87: “*Las resoluciones que denieguen la acción deberán examinar todos los motivos*

**b.4)- Doctrina de las sentencias manipulativas:** Elaborada por la Corte Constitucional de Italia, distingue entre las disposiciones-texto- de las normas-reglas de conducta- que surgen de la ley según las diversas posibilidades interpretativas del texto. En esta vertiente, el Tribunal Constitucional deja de ser un *legislador negativo*, destructor o inaplicador de normas constitucionales, para convertirse en un *legislador activo*, generador o provocador de normas. (189) Pizzorusso (190) precisa las siguientes categorías de sentencias manipulativas del texto legal: b.4.1)- *sentencia manipulativa admisoria*: aquella que condena a una determinada interpretación de la ley, como opuesta a la Constitución -admite planteo de inconstitucionalidad-, pero no a la ley misma -que puede recepcionar interpretación acorde a la Constitución-; b.4.2)- *sentencia manipulativa desestimatoria*: aquella que rechaza la articulación de inconstitucionalidad respecto de una interpretación de la ley, que resulta calificada como constitucional; b.4.3)- *sentencia manipulativa aditiva*: aquella que añade adiciones de contenido al texto legal, para tornarlo constitucionalmente viable; b.4.4)- *sentencia manipulativa sustitutiva*: aquella que reputa inconstitucional a un precepto legal y puntualiza la norma sustituyente, para su conformidad con la Constitución; b.4.5)- *sentencia manipulativa de delegación*: aquella que califica de inconstitucional a una norma e indica cuáles son los criterios a que debe someterse el autor del precepto

---

*de inconstitucionalidad que se hubieren alegado para fundamentarla. Únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada. La acción de inconstitucionalidad podrá ejercerse contra normas o actos previamente declarados constitucionales y en casos o procesos distintos*", mientras que el Artículo 88 reza: "*Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad y pronuncien la anulación consecuyente de la norma o los actos impugnados, producirán cosa juzgada y eliminarán la norma o acto del ordenamiento. Esa eliminación regirá a partir de la primera vez que se publique el aviso a que se refiere el artículo 90, lo cual se hará constar en él*". Incluso, se instrumenta la doctrina de inconstitucionalidad por conexión, en la medida que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma de ley o disposición general, declarará también la de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra ley o disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia, así como la de los actos de aplicación cuestionados -Artículo 89-

(189) SAGÜÉS, N. (2009) *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, p. 43.

(190) PIZZORUSSO, A. (1984) *El Tribunal Constitucional Italiano ap. Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, C.E.P.C., Madrid, p. 253. *Vide etiam* VERGOTTINI, G. (2006) *Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padova, pp. 647 y ss.; PULIDO QUECEDO, M. (1995) *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, pp. 293 y ss. Dicha tipología, inclusive, ha sido receptada en el sector del Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano, a tenor de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales de República Dominicana de 2011, en su Artículo 47 bajo la modalidad de sentencia interpretativa. Prieto Sanchís propone la siguiente tipología de sentencias según el efecto de producción jurídica, a saber: a. sentencias habilitadas para crear o extinguir de modo directo disposiciones normativas; b. sentencias cuyos efectos se proyectan sólo sobre las normas, esto es, sentencias que a través de la interpretación de las disposiciones pueden eliminar o crear normas. Este segundo supuesto denominado *precedente*, admite subdivisiones: b.1) *precedentes obligatorios*, propios del sistema del *common law*, basados en la doctrina del *stare decisis*, cuya observancia se funda en las mismas razones que justifican la aplicación de la ley: no es su plausibilidad sino la autoridad de la que están revestidas las decisiones que constituyen el precedente lo que lo torna obligatorio; b.2) *precedentes persuasivos*, propios del sistema del *civil law*, que suponen una interpretación de la ley, generalmente realizada por el Tribunal Supremo, que deben ser seguidas por los jueces inferiores, no en razón de que exista un deber jurídico para hacerlo, sino en razón de su racionalidad, *cf.* Prieto Sanchís, L. (2005) *Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, p. 217 y ss.

-v.gr. Parlamento- para dictar la nueva disposición, acorde a la Ley Fundamental, etc. (191).

Interesa destacar que la doctrina de las sentencias constitucionales atípicas en cuanto construcción que trasciende las mallas del *binomio ortodoxo de sentencias constitucionales estimatorias-desestimatorias* de la pretensión de inconstitucionalidad (192), no se ciñe al sistema concentrado, pues se *refracta en modelos descentralizados*, a tenor de la saga de pronunciamientos constitucionales anómalos que el Tribunal cimero nacional registra en su código jurisprudencial (193).

---

(191) Tal temperamento desborda la nomenclatura de la sentencia constitucional como acto jurisdiccional, en la que las decisiones de un Tribunal o de una Corte Constitucional suponen actos procesales que ponen término a un proceso, por parte de un órgano colegiado que constituye la instancia suprema constitucional, *cfr.* NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2001) "Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de Tribunales o Cortes Constitucionales" *ap. Jurisdicción constitucional en Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000, realidades y perspectivas*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, pp. 369 y ss.

(192) Las sentencias desestimatorias -añade Pizzorusso- se caracterizan no por afirmar positivamente la legitimidad de la norma o disposición impugnada, sino porque el órgano constitucional descarta negativamente el fundamento de fondo de la cuestión suscitada, *cfr.* PIZZORUSSO, A. (1984) *Lecciones de Derecho Constitucional*, C.E.P.C., Madrid, T. II, p. 53. Empero, se previene sobre la insuficiencia de un esquema teórico simplista en el que se identifique norma legal y enunciado de la ley, con la pretensión de reducción de la sentencia al fallo, *cfr.* RUBIO LLORENTE, F. (1993) *La forma del poder*, C.E.P.C., Madrid, p. 515.

(193) En torno a las distintas variables desplegadas bajo tales premisas, *vide* CSJN, Fallos 327:3677, *in re Vizzoti* en donde si bien reputa inconstitucional una determinada solución legal, declara, para hacer cumplir la Constitución, cuál es el régimen que debe observarse -modalidad de sentencia sustitutiva-: "(...) Si bien no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas, si el propósito del instituto es reparar, la modalidad que se adopte debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación... No resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, vale decir, "la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor", pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos. De acuerdo con ellos, dicha remuneración no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable"; *ibídem.*, Fallos 328:1146 *in re Verbitsky* al calificar una situación de constitucionalidad precaria -el Tribunal Constitucional estima que la norma es todavía constitucional, pero que puede dejar de serlo pronto, recomendando al órgano legislativo su sustitución por una normación constitucionalmente correcta- respecto del Derecho Internacional de Derechos Humanos -modalidad de sentencia exhortativa-: "(...) Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos; es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituyen en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa... La privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente..." disponiendo la efectivización de medidas concretas al respecto: (...) corresponde exhortar a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos

## V. Conclusiones. Cuestiones y problemas

10. El pensamiento contemporáneo en torno a la defensa de las normas constitucionales es heredero de una larga tradición que persiste a lo largo de los siglos, puesto que en el fondo -precisa Fix Zamudio- (194) no es más que un reflejo de luz perma-

*Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación...disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos...ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención, a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas"; ibídem., Fallos 329:5913 in re Massa mediante un pronunciamiento en el que para no despachar una declaración de inconstitucionalidad de un precepto subconstitucional, adjunta o asocia un contenido o elemento hermenéutico con miras a su conciliación con la normación fundamental -modalidad de sentencia aditiva-: "(...) En tanto el Congreso y el Poder Ejecutivo, por delegación legislativa expresa y fundada, están facultados para fijar la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras a fin de restablecer el orden público económico (arts. 75, inc. 11, y 76 de la Constitución Nacional), el bloque legislativo de emergencia que fundamenta jurídicamente la regla general de la pesificación es constitucional, sin perjuicio de lo que se opine sobre su conveniencia...El art. 4 del decreto 214/02 no impide que se acuerde una tasa superior a la del 2% nominal anual fijada por el Banco Central, por lo que al encontrarse las partes en litigio, la Corte Suprema se encuentra facultada para establecer la tasa de interés que estime más adecuada...La entidad bancaria debe abonar a la actora su depósito convertido a pesos, a la relación de \$ 1,40 por cada dólar, ajustado por el CER, más los intereses calculados a la tasa del 4% anual, desde el momento en que comenzaron a regir las normas que dispusieron restricciones a la disponibilidad de los depósitos bancarios o desde la fecha de vencimiento del contrato en el caso de que esta última haya sido posterior a la entrada en vigencia de tales normas o a partir del 28 de febrero de 2002, en el supuesto de que el vencimiento de aquél hubiese operado con posterioridad a esa fecha, sin que pueda superponerse en un mismo lapso con el contractualmente pactado y hasta la fecha de su efectivo pago... Al resolverse que la entidad bancaria debe abonar a la actora su depósito convertido a pesos, a la relación de \$ 1,40 por cada dólar, ajustado por el CER, más los intereses calculados a la tasa del 4% anual -no capitalizable-, la aplicación de la normativa de emergencia no ocasiona lesión al derecho de propiedad de la actora..."; ibídem., Fallos 330:2361 in re Rosza con motivo de una providencia de la magistratura constitucional que aplaza la decisión en torno a una pretensión declaración de inconstitucionalidad a fines de que, durante el tramo temporal fijado, se ajuste a la conformidad constitucional el acto o norma que motivaron aquella -modalidad de sentencia de efecto diferido-: "(...) Al dilucidar si el procedimiento para la designación de jueces subrogantes aprobado por la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura se adecua a las reglas y recaudos establecidos por la Constitución Nacional no puede dejar de ponderarse la significativa cantidad de designaciones que tuvieron lugar bajo dicho régimen, que llega a aproximadamente al 20% de la judicatura, situación que pone de manifiesto que el carácter extraordinario del sistema de reemplazos se ha visto claramente desvirtuado, convirtiéndose en regla la excepción, lo cual conlleva una clara afectación del desarrollo regular de la administración de justicia... La implementación de un régimen de subrogaciones para asegurar una correcta administración de justicia pero que a la vez, por su naturaleza, importe un remedio excepcional de política judicial, debe instrumentarse de manera tal que resguarde los principios y garantías propias de la misión de juzgar, sin bien adaptados a las características peculiares de tal sistema, sin menoscabo de la indispensable celeridad que debe presidir su ejecución pues su objetivo es, precisamente, dar una respuesta inmediata a una situación crítica"; inter alia.*

(194) FIX ZAMUDIO, H. (1984) *La Constitución y su defensa*, UNAM, México, p. 11.

nente de la lucha del hombre por su libertad frente a la autoridad del poder político, a través de un orden jurídico superior. Precisamente, una de las características de la universalización de la justicia constitucional es la expansión de la idea de libertad, mediante la exigencia de respeto de la dignidad humana y de los derechos inviolables que le son inherentes, regla de todo gobierno democrático y de toda vida social en una comunidad civilizada (195).

Resultante de tan enorme expansión, desde la primera mitad del siglo XX, se ha ido gestando una novedosa disciplina que se nutre de reglas, principios y doctrinas propios aunque también provenientes no sólo del ámbito del Derecho Procesal, sino del Derecho Constitucional, como consecuencia de la transferencia de la jurisdicción del ámbito netamente privatístico al publicístico, lo que ha derivado, sin dudas, en un fenómeno de publicización del Derecho Procesal (196).

A la par el proceso de constitucionalización del Derecho implica -entiende Favoreu- un fenómeno de acumulación y difusión de normas constitucionales por desarrollo de la jurisdicción constitucional y perfeccionamiento de los mecanismos de defensa constitucional, generando la juridización, elevación y transformación de los distintos planos del orden jurídico con el Derecho Constitucional (197).

Con este enclave, no sólo importa la sumisión del legislador al principio de legitimidad constitucional, sino también -observa Trieppe- la instrumentación de un mecanismo de defensa del orden normativo constitucional, mediante un derecho de control jurisdiccional de normas que se proyecta sobre el prisma de los derechos fundamentales que ellas reconocen (198).

**11.** En este contexto, el análisis derredor la cosa juzgada constitucional no sólo endereza la delimitación de un *ámbito temático de indagación específica del campo procesal constitucional*, sino que también descubre un *pívot en torno al cual se consolide su autonomía: el Derecho Procesal Constitucional como ciencia* (199).

Atento la trascendencia que la cosa juzgada constitucional adquiere la misma opera a modo de *banco de pruebas* de dicha autonomía, y pone en jaque al aparato conceptual y principalístico propio de la disciplina al exigirle la conformación de un

---

(195) RUBIO LLORENTE, F. (1997) "Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa" *ap. Manuel Fraga. Homenaje Académico*, Fundación Canovas del Castillo, Madrid, T. II, p. 1411.

(196) GONZÁLEZ PÉREZ, J. - DELEITO, D. (1980) *Tribunales Constitucionales. Organización y funcionamiento*, Tecnos, Madrid, p. 13.

(197) FAVOREU, L. (2001) "La Constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho*, N° XII, Universidad Austral de Chile, Santiago de Chile, p. 39. La progresión del Derecho Constitucional, estima Luchaine, obedece a la supremacía de la norma constitucional, a la multiplicidad de fuentes y a la penetración del Derecho Constitucional en las distintas ramas del Derecho, *cfr.* LUCHAINE, F. (1981) "De la Méthode en Droit Constitutionnel", *Revue de Droit Public et Science Politique*, N° VI, Librairie de Legislation et Jurisprudence, París, p. 288.

(198) TRIEPEL, H. (1974) "Derecho Público y Política", *Revista de Occidente*, Madrid, p. 19.

(199) GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1980) *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, pp. 50 y ss.



perfil, categoría y contenido propios en el tratamiento de la virtualidad de los pronunciamientos emitidos por la magistratura constitucional, que lo enriquezca respecto de sus cepas procesales y constitucionales.

La revista de los parámetros normativos, legislativos, jurisprudenciales y dogmáticos que han pergeñado un *paradigma específico de cosa juzgada constitucional*, aunque con distintos modelos que en él se enervan –desconcentrado o americano; centralizado o austríaco; mixto–, sujetos a reajustes y proyecciones en el seno del Derecho Comparado, salda –de modo palmario– un *encuadramiento propio* de la institución de marras en la ciencia del Derecho Procesal Constitucional, sin marginar los inevitables *enlaces* con la disciplina del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal, a la par que revela un *iter* intrínsecamente *dinámico*.

En efecto, los modelos configurados en torno a la autoridad de cosa juzgada de la sentencia constitucional ya no son, desde hace mucho tiempo, ni completamente uniformes, ni históricamente idénticos, ni sustancialmente puros. Por el contrario, si bien no reposan en estado germinal, se los descubre en una *fase efervescente*, sujetos a *renovaciones* y *correcciones*, e incluso propensos a *hibridaciones* (200) de las que surgen standards equivalentes con orientaciones que imponen su adecuación a la particular situación ambiental del proceso constitucional en cada ordenamiento nacional. Parece evidente, en consecuencia, que tampoco el Derecho Procesal Constitucional se evade del creciente influjo del *multiculturalismo procesal* (201).

Bajo tales premisas, la figura de la cosa juzgada en la matriz de la jurisdicción constitucional supera una dimensión reduccionista y despunta en una problemática de entidad compleja, *i.e.*, jurisdiccional, política e interpretativa; en tales aristas, la concisión a la que el pensamiento juscientífico se ciñe en la sistematización de su estructura adjetiva, requiere más que conocimiento del Derecho y de la técnica de su realización oficial ante su inobservancia, precisa de *sentido de justicia*, y no en el cuadrante de cualquier justicia sino de aquella que se descubre institucionalizada para decidir casos controvertidos que surgen de la aplicación de la norma constitucional –justicia constitucional– (202).

Si así no fuere, se corre el riesgo –destaca Satta– de convertir a los operadores del Derecho científico en *sacerdotes de una religión difunta* (203); o bien, de vivenciar –como aprecia Carnota– *el espectro de una Constitución sin constitucionalismo* (204). La dogmática después de todo culmina con el sistema, trilla la tierra con el acero

---

(200) En torno a la noción de hibridización de los sistemas de contralor de constitucionalidad, *vide* CARNOTA, W. (2009) *Normas Constitucionales. Su elaboración*, Legis, Buenos Aires, p. 69.

(201) TARUFFO, M. (2006) *Dimensiones transculturales de la justicia civil ap. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis, Bogotá, p. 5.

(202) ZAGREBELSKY, G. (1988) *Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, p. 22.

(203) SATTA, S. (1948) *Diritto Processuale Civile*, Cedam, Padova, p. VII.

(204) CARNOTA, W. (2009) *Normas Constitucionales. Su elaboración*, Legis, Buenos Aires, p. 137.

del arado, no del clavo, y en ella crece una convicción profunda respecto del conocimiento jurídico: quiere vencer, dentro de los límites en que se puede y debe vencer, y si se equivoca, eso es todo, pues, también sus grandes batallas atraviesan vicisitudes alternativas (205).

---

(205) CARNELUTTI, F. (1960) *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, p. XVI.