

2014 - 2

## **Jurisdicción y competencia – I**

### **Consejo de redacción**

*Director:* Roland Arazi  
Roberto O. Berizonce  
Enrique M. Falcón  
Jorge W. Peyrano

### **Secretario de redacción**

Jorge A. Rojas

**Doctrina**

**Jurisprudencia**

Jurisprudencia anotada  
Jurisprudencia temática  
Jurisprudencia especial

**Actualidad**

**Bibliografía**



**RUBINZAL - CULZONI  
EDITORES**

## ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL .....	9
PRESENTACIÓN DEL NÚMERO 2014-2 .....	11

### DOCTRINA

#### LA JURISDICCIÓN, LA COMPETENCIA Y EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

por ENRIQUE M. FALCÓN

1. Concepto de jurisdicción .....	19
2. La jurisdicción internacional .....	21
3. La cuestión de la litispendencia .....	32
4. Notificación a los representantes de las sociedades extranjeras .....	32
5. La jurisdicción internacional en los supuestos particulares .....	33
6. La competencia .....	42
7. Las reglas generales sobre competencia .....	44
8. Las reglas particulares sobre competencia .....	45
9. Procesos de familia .....	48

**JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.  
BASES TEÓRICAS PARA UN CORRECTO  
ABORDAJE DE REFORMAS LEGISLATIVAS**

por OSCAR EDUARDO VÁZQUEZ

I. Introducción . . . . .	53
II. Una regla hermenéutica para el análisis . . . . .	54
III. Importancia de un lenguaje normativo adecuado . . . . .	58
IV. Jurisdicción y Estado . . . . .	61
V. Estado y administración . . . . .	65
VI. Administración y organización . . . . .	69
VII. Organización y competencia . . . . .	71
VIII. Los órganos judiciales del Estado en funcionamiento . . . . .	76
IX. Algunas líneas para el estudio de la jurisdicción, su organización y sus procesos . . . . .	80
X. Consecuencias organizacionales en miras de reformas legislativas . . . . .	84

**¿JUECES LEGISLADORES?**

por ESTELA B. SACRISTÁN

I. Planteo . . . . .	101
II. Factores negativos . . . . .	104
1. Las reglas de Cooley . . . . .	104
2. Las reglas de Brandeis . . . . .	105
3. La propia jurisprudencia de la Corte Suprema . . . . .	111
4. Separación de poderes . . . . .	113
5. La ley formal . . . . .	117
III. Factores positivos . . . . .	119
1. Casos abstractos . . . . .	119
2. Otorgamiento de amplio “standing” . . . . .	121
3. La fuerza del precedente . . . . .	123
4. Ley formal que disponga efectos generales . . . . .	126
5. Inacción de los poderes políticos . . . . .	126
IV. Reflexiones finales . . . . .	127

**EL JUEZ POSCOLONIAL**

por VÍCTOR TRIONFETTI

..... 129

**JURISDICCIÓN CREATIVA**

por MARÍA EUGENIA GÓMEZ  
y ROMINA SOLEDAD MORENO

1. Introducción. La función jurisdiccional .....	143
2. El sistema jurídico y el enfoque sistémico del proceso .....	147
3. La función del intérprete de la ley .....	152
4. Reflexiones sobre la finalidad de la sentencia .....	159

**LA JURISDICCIÓN PROTECTORA  
O “DE ACOMPAÑAMIENTO”**

por ROBERTO OMAR BERIZONCE

.....	167
I. La jurisdicción en el Estado de Derecho Democrático .....	168
II. El ejercicio de funciones de garantía .....	171
1. Conflictos de interés público .....	172
2. Tutela diferenciada de los derechos y situaciones “sensibles” .....	172
III. La justicia protectora o “de acompañamiento” .....	173
1. El anclaje constitucional y convencional .....	173
2. Igualdad real, derechos “sensibles” y situaciones de tutela preferente .....	175
3. Igualación y acciones positivas. Discriminaciones “favorables” .....	176
4. Caracterización de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad .....	178
4.1. Interludio: el aprovechamiento perverso del argumento de la vulnerabilidad .....	179

IV. Instituciones, procedimientos y técnicas típicas de la justicia protectoria . . . . .	180
1. Cuadro general, abierto y meramente enunciativo . . . . .	181
2. Muestrario singular: algunas intervenciones legales paradigmáticas . . . . .	182
2.1. Medidas cautelares contra el Estado: régimen especial para derechos que corresponden a “sectores socialmente vulnerables” . . . . .	182
2.2. Régimen de pronto pago de los créditos laborales en los concursos y quiebras . . . . .	185
2.3. Títulos ejecutivos especiales de formación por el acreedor para la tutela rápida de derechos de sustancia alimentaria . . . . .	185
2.4. La protección de la vivienda familiar en el proceso de ejecución hipotecaria . . . . .	187
3. Algunas intervenciones judiciales paradigmáticas . . . . .	188
3.1. Revisión judicial de la competencia en materia de seguridad social: el caso “Pedraza” . . . . .	188
V. Algunas conclusiones de cierre . . . . .	192

**MANIFESTACIONES DE LA TUTELA  
JURISDICCIONAL PREVENTIVA  
EN MATERIA CIVIL**

por JORGE W. PEYRANO

I. Introducción . . . . .	195
II. Enumeración de casos de tutela judicial preventiva . . . . .	197
1. El amparo preventivo . . . . .	197
2. La acción preventiva de daños . . . . .	198
3. El mandato preventivo de daños . . . . .	200
4. La pretensión mere declarativa . . . . .	202
5. La jurisdicción preventiva en el ámbito de la tutela ambiental . . . . .	202
6. La tutela anticipada de urgencia . . . . .	204
7. La modalización de las condenas pecuniarias . . . . .	205
8. Prevención de sanciones disciplinarias . . . . .	206

9. Prevención del abuso procesal . . . . .	206
10. La reconducción de postulaciones . . . . .	209
III. Colofón . . . . .	210

### **JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

por MARCELO BOURGUIGNON

1. Introducción . . . . .	211
2. Definición . . . . .	212
3. Características de la jurisdicción voluntaria . . . . .	214
4. Carácter excepcional de la jurisdicción voluntaria . . . . .	215
5. Naturaleza jurídica. . . . .	216
6. Finalidad de la jurisdicción voluntaria . . . . .	218
7. La jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa. Distinción . . . . .	219
8. Clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria . . . . .	220
9. Los procesos voluntarios en el Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación . . . . .	221

### **JUSTICIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**

por OSVALDO A. GOZAÍNI

1. El concepto de jurisdicción en el Derecho Procesal Constitucional. . . . .	223
2. La jurisdicción constitucional en el plano teórico. . . . .	237
3. Fundamentos de la jurisdicción constitucional . . . . .	244
4. Elementos de la jurisdicción . . . . .	251

### **LA COMPETENCIA FEDERAL DE LOS TRIBUNALES DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN**

por RICARDO HARO

. . . . .	261
-----------	-----

I. Exordio . . . . .	262
II. El porqué de la competencia federal . . . . .	262
III. La competencia federal en la Constitución Nacional. . . . .	264
IV. Función institucional de la Justicia Federal . . . . .	264
1. Tutela de los intereses federales . . . . .	264
2. Guardar el principio de la supremacía constitucional. . . . .	265
3. La interpretación y custodia del orden jurídico federal . . . . .	266
V. Las dimensiones que comprende la competencia federal . . . . .	267
VI. Caracteres de la competencia federal . . . . .	268
1. La competencia federal es constitucional . . . . .	268
2. La competencia federal es de orden público constitucional. . . . .	269
3. La competencia federal es contenciosa. . . . .	270
4. La competencia federal es limitada y de excepción . . . . .	271
5. La competencia federal es privativa y excluyente . . . . .	271
6. La competencia federal es inalterable. . . . .	272
VII. Competencia federal en razón de la materia. . . . .	273
1. Principios generales . . . . .	273
a) Naturaleza federal de la cuestión litigiosa . . . . .	273
b) Supremacía del Derecho federal . . . . .	274
c) Improrrogabilidad de la competencia federal material. . . . .	275
d) Relación directa e inmediata de la causa con una norma federal. . . . .	275
e) Improcedencia de la CFM en la interpretación del Derecho Público provincial. . . . .	276
2. Casuística de la CFM . . . . .	276
a) Puntos regidos por la CN . . . . .	277
b) Causas regidas por los TT. DD. HH. con jerarquía constitucional . . . . .	278
c) Causas regidas por los tratados internacionales . . . . .	278
d) Puntos regidos por las leyes de la Nación. . . . .	280
e) Causas originadas en actos administrativos del Gobierno nacional . . . . .	281
f) Causas contencioso-administrativas . . . . .	281
g) Causas originadas en recursos contencioso-administrativos . . . . .	282

h)	Causas que versen sobre contribuciones nacionales. . . . .	283
i)	Causas concernientes a los medios de transporte terrestres . . . . .	284
j)	Cuestiones de almirantazgo y jurisdicción marítima . . . . .	285
VIII.	Competencia federal en razón de las personas. . . . .	286
1.	Fundamento y casuística. . . . .	286
2.	Tres presupuestos ineludibles . . . . .	287
a)	Pertenencia originaria del derecho en disputa . . . . .	287
b)	Pluralidad de litigantes . . . . .	288
c)	Prórroga de la CF <i>ratione personæ</i> . . . . .	288
3.	Asuntos en que la Nación es parte . . . . .	289
4.	Causas de distinta vecindad . . . . .	290
a)	Fundamento del fuero de vecindad. . . . .	290
b)	Requisitos para la causal de vecindad. . . . .	291
5.	Causas concernientes a ciudadanos y Estados extranjeros. . . . .	292
IX.	Competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. . . . .	293
1.	Introducción . . . . .	293
2.	La norma constitucional . . . . .	293
3.	El carácter de “originaria y exclusiva” . . . . .	293
4.	Nuestro cuestionamiento al texto del artículo 117 de la CN . . . . .	294
5.	La regulación del artículo 117 de la CN por el decreto-ley 1285/58 . . . . .	296
6.	Principios generales en la jurisprudencia de la CS. . . . .	297
a)	Fundamento. . . . .	297
b)	Caracteres . . . . .	298
X.	Cuando es parte una provincia . . . . .	299
1.	La provincia como parte . . . . .	299
a)	Planteo previo . . . . .	299
b)	Casuística según las diversas situaciones . . . . .	299
c)	Causas entre provincias. . . . .	300
2.	Causas entre una provincia y un vecino de otra o ciudadano extranjero . . . . .	300
a)	La provincia como parte nominal y sustancial . . . . .	300

b) La jurisdicción originaria no está subordinada a requisitos de las leyes locales. . . . .	301
c) Causa civil. . . . .	301
d) Vecindad . . . . .	302
3. Causas entre una provincia y el Estado o repartición autárquica federal. . . . .	302
4. Causas de materia federal en que es parte una provincia . . . . .	303
5. Causas referidas al Derecho Público provincial . . . . .	303
XI. Embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros. . . . .	303
1. Nociones fundamentales . . . . .	303
2. Normativa constitucional y legal . . . . .	304
3. Casuística posible . . . . .	305
4. Funcionarios diplomáticos comprendidos . . . . .	306
5. Conformidad del gobierno extranjero. . . . .	306
6. Organismos y funcionarios internacionales . . . . .	306
7. Criterios fundamentales de la jurisprudencia de la CS. . . . .	307
XII. Competencia federal en razón del lugar. . . . .	308
1. Aclaración previa y planteo de la cuestión . . . . .	308
2. El texto constitucional a partir de la reforma de 1994 . . . . .	309
3. Principios generales en la jurisprudencia de la CS. . . . .	310

**LA COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE  
SUPREMA CUANDO ES PARTE UNA PROVINCIA**

por ALBERTO B. BIANCHI

1. Introducción . . . . .	313
a) La competencia de la Corte en general. . . . .	313
b) La Constitución y su reglamentación . . . . .	315
c) Reglas básicas de la competencia originaria cuando una provincia es parte. . . . .	315
d) El precedente norteamericano. . . . .	317
2. La provincia como parte sustancial . . . . .	319
a) Exclusión de las entidades descentralizadas y los municipios. . . . .	319
b) El caso de las direcciones provinciales de rentas . . . . .	320

c) La provincia como tercero . . . . .	321
d) El caso de la Ciudad de Buenos Aires . . . . .	321
3. La competencia en razón de las personas . . . . .	322
a) Litigios entre provincias . . . . .	322
b) Litigios con personas que suscitan jurisdicción federal . . . . .	324
c) El caso de los extranjeros . . . . .	324
d) Litigios con la Ciudad de Buenos Aires . . . . .	325
4. La competencia en razón de la materia . . . . .	326
a) Las cuestiones civiles o de Derecho común . . . . .	326
1) La distinta vecindad . . . . .	326
2) La exclusión absoluta del Derecho local . . . . .	328
b) Las acciones de responsabilidad civil extracontractual . . . . .	329
1) La cuestión hasta 2006 . . . . .	329
2) La cuestión desde 2006. El caso “Barreto” . . . . .	332
3) Los casos de responsabilidad contractual. La llamada “secuela de vínculo administrativo” . . . . .	336
4) La doctrina de la “secuela de vínculo administrativo” y sus aplicaciones . . . . .	336
5) La excepción del “prolongado trámite” . . . . .	338
6) El problema de la acumulación subjéctiva de pretensiones . . . . .	339
6.1) El caso “Mendoza” . . . . .	339
6.2) Las aplicaciones de “Mendoza” en otros casos . . . . .	340
6.3) La doctrina “Mendoza” no se aplica cuando la materia es federal . . . . .	344
c) Las cuestiones federales . . . . .	344
1) Las reglas básicas . . . . .	344
2) Casos de materia federal exclusiva . . . . .	345
2.1) Acciones relativas a impuestos provinciales . . . . .	346
2.2) Cuestiones sobre hidrocarburos . . . . .	349
2.3) Las cuestiones ambientales interjurisdiccionales . . . . .	351
2.4) Servicios públicos . . . . .	352
2.5) La preservación de la autonomía municipal . . . . .	352
2.6) La distribución de la propaganda oficial . . . . .	353

2.7) La candidatura a la reelección de un gobernador en violación a la Constitución provincial . . . . .	353
2.8) Otros casos . . . . .	355
3) Casos de materia federal que involucran cuestiones locales . . . . .	356
3.1) La aplicación de la Ley de Coparticipación Federal . . . . .	357
3.2) La aplicación del Convenio Multilateral de Ingresos Brutos . . . . .	357
3.3) Las cuestiones ambientales intraprovinciales . . . . .	358
3.4) Elección y nombramiento de autoridades provinciales . . . . .	361
3.5) La adhesión de la provincia a las normas federales invocadas en la demanda . . . . .	364
3.6) Los impuestos sobre el transporte intercomunal de pasajeros . . . . .	367
3.7) La demarcación de la propiedad indígena . . . . .	367
3.8) Otros casos . . . . .	369
5. Conclusiones . . . . .	371

## LA COMPETENCIA EN EL AMPARO

por MAXIMILIANO TORICELLI

1. Introducción . . . . .	373
2. Las opciones legislativas . . . . .	374
a) La competencia amplia . . . . .	374
b) Fuero común . . . . .	378
c) Tribunales acotados . . . . .	380
d) Tribunal específico . . . . .	384
3. Competencia federal . . . . .	385
a) Actos emanados de una autoridad federal . . . . .	386
b) Actos emanados de particulares . . . . .	387
c) Vulneración de una norma federal . . . . .	389
d) Acto lesivo ocurrido en territorio federal . . . . .	389
4. La declaración de incompetencia de oficio . . . . .	390
5. El planteo por el demandado . . . . .	394

6. El alcance de la declaración de incompetencia . . . . .	396
a) La posibilidad de recurrir la decisión . . . . .	396
b) El alcance de la cosa juzgada. . . . .	397
7. Consideraciones finales. . . . .	399

**JURISDICCIÓN ARBITRAL.  
NATURALEZA JURÍDICA**

por ROBERTO G. LOUTAYF RANEA y ERNESTO SOLÁ

1. Concepto . . . . .	401
2. La interpretación en materia de arbitraje. . . . .	403
3. Naturaleza jurídica. . . . .	405
3.1. Criterio que niega naturaleza jurisdiccional al arbitraje . . . . .	406
3.2. Criterio que le reconoce naturaleza jurisdiccional . . . . .	409
3.3. Criterio que le reconoce naturaleza cuasi jurisdiccional. . . . .	417
4. Distintos aspectos vinculados al carácter jurisdiccional del arbitraje . . . . .	417
4.1. El laudo arbitral es una verdadera sentencia. . . . .	417
4.2. Los árbitros se comportan como verdaderos jueces cuando ejercen la función arbitral . . . . .	420
4.3. Los árbitros son uno de los “tribunales inferiores” a que alude la Constitución Nacional . . . . .	424
4.4. Los árbitros son los jueces “naturales” para decidir el caso sometido a arbitraje . . . . .	425
4.5. Los árbitros ejercen el “poder público” en su actuación. . . . .	426
4.6. Los árbitros designados son los órganos “competentes” para decidir la cuestión sometida a arbitraje . . . . .	428
4.7. “Independencia” e “imparcialidad” de los árbitros. . . . .	432
4.8. El sometimiento a arbitraje es una de las causas modificatorias de la competencia de los tribunales (prórroga) . . . . .	433
4.9. El arbitraje y el control de constitucionalidad . . . . .	436
4.10. El arbitraje y las medidas cautelares y de tutela anticipada . . . . .	442
5. Asuntos que pueden ser sometidos a arbitraje . . . . .	445

6. El Estado nacional y el sometimiento a árbitros de sus controversias. . . . .	447
7. Momentos en que se puede someter una cuestión a arbitraje . . . . .	448

**LA COMPETENCIA EN EL ARBITRAJE**

por JORGE A. ROJAS

1. Introducción. . . . .	449
2. El principio “competencia de la competencia” . . . . .	450
3. Efectos de la competencia en materia arbitral. . . . .	451
4. A modo de conclusión. . . . .	460

**JURISPRUDENCIA**

JURISPRUDENCIA ANOTADA

**LA JURISDICCIÓN PÚBLICA Y SU POTESTAD  
COERCITIVA. ¿ES POSIBLE DELEGAR  
LA VIOLENCIA DEL PROCESO?**

por JOSÉ MARÍA SALGADO

I. El fallo anotado . . . . .	467
II. El comentario. . . . .	500

JURISPRUDENCIA TEMÁTICA

**JURISDICCIÓN**

por PATRICIA BIBIANA BARBADO

1. La función jurisdiccional. . . . .	511
2. El juez legislador . . . . .	519

3. El juez activista . . . . .	521
4. El juez como director del proceso . . . . .	526
5. La recusación de los jueces . . . . .	530
6. La jurisdicción consultiva de la CIDH . . . . .	534
7. La jurisdicción constitucional . . . . .	537
8. La jurisdicción arbitral . . . . .	540
9. La jurisdicción preventiva . . . . .	542
10. La competencia originaria de la Corte Suprema . . . . .	544
11. La competencia federal . . . . .	547
12. La competencia en el amparo . . . . .	555
13. Competencia en materia de familia . . . . .	560

**ACTUALIDAD Y DOCTRINA GENERAL**

**LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL Y  
COMERCIAL EN EL DIGESTO JURÍDICO**

por ROLAND ARAZI

.....	567
-------	-----

**LA EVOLUCIÓN DE LA TÉCNICA  
ANTICIPATORIA Y DE LA TUTELA  
PREVENTIVA EN BRASIL**

por LUIZ GUILHERME MARINONI

1. La tutela cautelar en el proceso civil del Derecho liberal . . . . .	573
2. La distorsión del uso de la acción cautelar innominada . . . . .	575
3. La introducción de la técnica anticipatoria en el CPC brasileiro . . . . .	578
4. La tutela anticipada basada en el “abuso del derecho de defensa” . . . . .	580
5. La “tutela específica” del derecho sustancial . . . . .	582
6. La tutela civil contra el acto contrario al derecho. Su necesidad para la actuación de las normas de protección de los derechos fundamentales . . . . .	584

7. El proyecto del nuevo CPC brasileiro: el intento de insertar una regla que evidencie que la acción inhibitoria exige sólo la demostración del acto contrario al derecho . . . . .	586
8. El proyecto del nuevo CPC brasileiro: la necesidad de distinguir tutela anticipatoria de tutela cautelar . . . . .	587
9. El proyecto del nuevo CPC brasileiro: la necesidad de delinear las situaciones que exigen la oportunidad de distribuir el <i>onus</i> del tiempo en el proceso. . . . .	591
10. Conclusión. . . . .	592

**EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO  
Y SU REFORMA RECIENTE**

por JAIME GREIF

.....	593
-------	-----

**CONGRESOS, NOTICIAS Y DOCUMENTOS**

**VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN  
(ZARAGOZA, 1921 – MADRID, 2013)**

por MANUEL ORTELLS RAMOS

.....	609
-------	-----

**XXIV JORNADAS IBEROAMERICANAS  
DE DERECHO PROCESAL**

por ENRIQUE A. CARELLI

.....	617
-------	-----

**NOTA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO  
PROCESAL A LAS AUTORIDADES DE LA FACULTAD  
DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

.....	625
-------	-----

## BIBLIOGRAFÍA

- Poderes-deberes del juez en el proceso civil*, por Mario Masciotra,  
comentado por Omar DÍAZ SOLIMINE. . . . . 629
- Derecho a una sentencia motivada*, por Leandro Guzmán,  
comentado por Jorge A. ROJAS . . . . . 632
- Principio dispositivo*, por Roberto G. Loutayf Ranea (dir.),  
comentado por Jorge A. ROJAS . . . . . 634



## ¿JUECES LEGISLADORES?

por ESTELA B. SACRISTÁN

SUMARIO: I. Planteo. II. Factores negativos. 1. Las reglas de Cooley. 2. Las reglas de Brandeis. 3. La propia jurisprudencia de la Corte Suprema. 4. Separación de poderes. 5. La ley formal. III. Factores positivos. 1. Casos abstractos. 2. Otorgamiento de amplio *standing*. 3. La fuerza del precedente. 4. La ley formal que disponga efectos generales. 5. Inacción de los poderes políticos. IV. Reflexiones finales.

### I. Planteo

Cuando la Corte Suprema argentina falló la causa “Claren”<sup>1</sup>, hace unos meses, relativa a la ejecutabilidad de sentencias extranjeras en nuestro país, una pregunta –previsible– que me hice fue la relativa a sus implicancias. El fallo fijaba doctrina sobre el significado de la expresión “orden público” en la normativa aplicable; resolvía, para el caso, la inejecutabilidad de la sentencia. Empero, al mismo tiempo, el decisorio traía, a colación, argumentos y conclusiones brindados en otros dos precedentes relativos a deuda pública, “Galli”<sup>2</sup>, y “Brunicardi”<sup>3</sup>, destacando el carácter de “doctrina de amplios alcances” en ellos fijada por el máximo tribunal argentino. Al tiempo que podíamos no ya leer sino releer el precitado “Claren”, los diarios publicaban las noticias sobre los *holdouts* y la decisión de la Corte Suprema esta-

<sup>1</sup> C.462.XLVII, R. O., 6-3-2014, “Claren Corporation c/EN, arts. 517/518, CPCC exequátur s/Varios”.

<sup>2</sup> “Galli, Hugo Gabriel y otro c/PEN, ley 25.561, decretos 1570/2001 y 214/2002 s/Amparo sobre ley 25.561”, *Fallos*: 328:690 (2005).

<sup>3</sup> “Brunicardi, Adriano C. c/EN (BCRA) s/Cobro”, *Fallos*: 319:2886 (1996).

dounidense en “NML”<sup>4</sup> sobre inadmisión del planteo de la República Argentina. En los mismos diarios podíamos leer acerca de los ecos de tal decisión extranjera en los planteos de los bonistas italianos en sede del CIADI; así como acerca de otras consecuencias en el marco de reclamos, por parte de otros bonistas, en torno a las medidas de emergencia generadas por la crisis del verano 2001/2002 y su desenvolvimiento, en tanto aplicadas a títulos de la deuda pública argentina.

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

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

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

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

Consideremos otros ejemplos: Así como no es lo mismo la ejecutabilidad, en Argentina, de sentencias extranjeras antes y después de “Claren”, podríamos decir que no fue lo mismo el Plan Austral antes y después de “Peso”<sup>5</sup> y “Porcelli”<sup>6</sup>. Tampoco fue lo mismo el Plan

<sup>4</sup> “Republic of Argentina, petitioner, vs. NML Capital, LTD”, on writ of certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit [16-6-2014].

<sup>5</sup> “Peso, Agustín Carlos c/Banco Central de la República Argentina”, *Fallos*: 307/2061 (1985).

<sup>6</sup> “Porcelli, Luis A. c/Banco de la Nación Argentina s/Cobro de pesos”, *Fallos*: 312:555 (1989).

Bonex antes y después de “Peralta”<sup>7</sup>. Hubo un antes y un después, para la pesificación, en “San Luis”<sup>8</sup> y en “Massa”<sup>9</sup>. Y lo mismo podríamos predicar de fallos como “Arriola”<sup>10</sup>, luego de “Bazterrica y Capalbo”<sup>11</sup> y “Montalvo”<sup>12</sup>. Y, estemos de acuerdo o no, lo mismo podríamos temer luego de “F., A. L.”<sup>13</sup>

De igual modo, y trasladándonos en el tiempo, no podría dejar de aceptarse que marcaron un futuro diferente fallos como “Siri”<sup>14</sup> y “Kot”<sup>15</sup>, o decisorios como “Vieytes de Fernández”<sup>16</sup>, “Ana Pérez de Smith”<sup>17</sup> o “Saguir y Dib”<sup>18</sup>.

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

¿Es cierto y posible el desempeño de tal rol? La evidencia parecería indicar que sí. Ahora ¿es jurídicamente admisible o recomendable el desempeño de tal rol? Aquí las respuestas parecen divididas. En lo principal, un apego a los cánones clásicos del control judicial –en especial, de constitucionalidad– inclinarían la balanza en contra de hallar, en un fallo de la Corte Suprema, una cualidad similar a la de una ley formal. Empero, una apreciación de la jurisprudencia misma,

<sup>7</sup> “Peralta, Luis Arcenio y otro c/EN (Mtrio. de Economía-BCRA) s/Amparo”, *Fallos*: 313:1513 (1990).

<sup>8</sup> “San Luis, Provincia de c/EN s/Acción de amparo”, *Fallos*: 326:417 (2003).

<sup>9</sup> “Massa, Juan Agustín c/PEN, decreto 1570/2001 y otro s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 329:5913 (2006).

<sup>10</sup> “Arriola, Sebastián y otros s/Causa 9080”, *Fallos*: 332:1963 (2009).

<sup>11</sup> “Bazterrica, Gustavo Mario. Alejandro Carlos Capalbo”, *Fallos*: 308:1392 (1986).

<sup>12</sup> “Montalvo, Ernesto Alfredo p. s. a. inf. ley 20.771”, *Fallos*: 313:1333 (1990).

<sup>13</sup> “F., A. L. s/Medida autosatisfactiva”, *Fallos*: 335:197 (2012).

<sup>14</sup> “Siri, Ángel”, *Fallos*: 239:459 (1957).

<sup>15</sup> “Samuel Kot SRL”, *Fallos*: 241:291 (1958).

<sup>16</sup> “Vieytes de Fernández, Juana –Suc.– c/Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 295:973 (1976).

<sup>17</sup> “Pérez de Smith, Ana María y otros”, *Fallos*: 300:1282 (1978).

<sup>18</sup> “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, *Fallos*: 302:1284 (1980).

así como la consideración de otros factores, podrían llevar a la admisión del rol legislativo o colegislativo de los jueces, al menos en el plano fáctico, si no normativo.

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

## II. Factores negativos

Los cánones más ortodoxos del control de constitucionalidad<sup>19</sup> –siguiendo la doctrina y jurisprudencia estadounidense, inspiradora del constituyente de 1853/1860– impiden que los jueces se conviertan en legisladores, y sobresalen, en este renglón, las denominadas “reglas de Cooley” y las “reglas de Brandeis”. Asimismo, otros factores impeditivos mencionables comprenderían la propia jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, la doctrina de la separación de poderes y, en ocasiones, la ley formal misma. Repasemos cada uno de ellos sin perjuicio de aclarar el carácter no taxativo de la enumeración.

### 1. *Las reglas de Cooley*

Las llamadas “reglas de Cooley”, en razón de su creador, Thomas Cooley, doctrinario estadounidense del siglo XIX, autor de *Constitutional Limitations*<sup>20</sup>, señalan importantes limitaciones dirigidas a los jueces en la tarea de efectuar el control de constitucionalidad. Una de ellas posee la virtualidad de impedir un efecto legislativo en las decisiones judiciales, con fuerte punto de sustento –mas no exclusivamente– en la noción de legitimación activa. Veamos:

Enseña Cooley que “La Corte no oirá las objeciones que se hagan

<sup>19</sup> Se sigue BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. I, ps. 98-101.

<sup>20</sup> COOLEY, Thomas, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, Little Brown & Co., Boston, 1868. La obra en Argentina fue publicada como COOLEY, Thomas, *Principios generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América*, trad. de Julio Carrié, Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1898.

sobre la constitucionalidad de una ley por una persona cuyos derechos no estén afectados por ella y que por consiguiente no tiene interés en anularla [...] El poder de la Corte sólo puede invocarse cuando se ve que es necesario para asegurar y proteger a la parte que se presenta ante ella contra el ejercicio ilegal del Poder Legislativo en detrimento suyo”<sup>21</sup>.

Como puede advertirse, en esta regla –verdadero compendio de control de constitucionalidad– Cooley involucra prácticamente todos los recaudos comunes<sup>22</sup> del ejercicio de la revisión judicial: objeciones o agravios constitucionales, derechos afectados, el concepto mismo de afectado, la noción de interés, el resultado nulificante del exitoso planteo de inconstitucionalidad. Asimismo, el citado autor trae a colación la petición de parte al invocarse el poder de la Corte, es decir, al hacerse un llamado a su jurisdicción, la noción de parte en el proceso, la protección de dicha parte contra la ilegalidad y, finalmente, el detrimento o gravamen o daño. Implícitamente, la regla evade los planteos abstractos o teóricos pues se apoya en la idea de interés.

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

## 2. *Las reglas de Brandeis*

Sin perjuicio de las enseñanzas emergentes de las limitaciones propuestas por Cooley en sus reglas, y según la obra que se sigue<sup>23</sup>, algunas de las llamadas “reglas de Brandeis” brindan una más moderna cons-

<sup>21</sup> COOLEY, *Principios...* cit., ps. 142-151.

<sup>22</sup> Para nuestro país, ver por todos, BIDEGAIN, Carlos M. (GALLO, Orlando; PALAZZO, Eugenio L. y SCHINELLI, Guillermo C., acts.), *Curso de Derecho constitucional*, nueva vers. rev. y act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, t. IV, ps. 376/377 (*requisitos comunes*); 378/381 (*requisitos propios*), y 382/383 (*requisitos formales*).

<sup>23</sup> Ver n. 19.

trucción de la semilla procesal que aquél sembrara. Si bien las reglas de Brandeis semejan las que apuntarían a sustentar una tesis de la autorrestricción judicial, en lo que aquí interesa, justifican la tesis de la competencia no legislativa de los jueces. Ello pues, al acatarse las reglas, se asegura que los efectos de la sentencia queden acotados, y pierdan todo alcance general asociable a las leyes y actos de alcance general.

Según la doctrina<sup>24</sup>, estas reglas fueron escritas por Louis D. Brandeis, cuando fuera *justice* de la Corte Suprema estadounidense, en su voto concurrente en “Ashwander vs. Tennessee Valley Authority”<sup>25</sup>, caso de neto corte regulatorio en el que se impugnaba la constitucionalidad de la creación de una empresa estatal de energía<sup>26</sup>. Allí sostuvo el citado *justice* que:

<sup>24</sup> Ver n. 19.

<sup>25</sup> “Ashwander vs. Tennessee Valley Authority”, 297 U. S. 288 (1936). Este caso –al igual que otros fallados por la Corte norteamericana, como por ejemplo “Pollock vs. Farmer’s Loan & Trust Co.”, 157 U. S. 429 (1895) y “Carter vs. Carter Coal Co.”, 298 U. S. 238 (1936)– había sido iniciado por los accionistas de una compañía contra ésta para evitar que aplicara con una ley tachada de inconstitucional; en “Ashwander”, la ley que creaba la empresa estatal (parte recurrida). El peligro implícito que encierran estos pleitos es la falta de una persona verdaderamente interesada en sostener la constitucionalidad de la legislación atacada, lo que los convierte en juicios simulados, ya que falta como parte el Estado que intervenga en favor de la ley. Brandeis advirtió este problema y de allí su postura frente a una decisión en que la mayoría sostuvo que los accionistas tenían, efectivamente, legitimación para actuar. Ampliar en BIANCHI, *Control...* cit.

<sup>26</sup> La Tennessee Valley Authority constituye hoy un clásico ejemplo de ingreso parcial del Estado para generar *yardstick competition* en el mundo privado. Esta decisión implicó la creación de la respectiva agencia estatal con competencias, entre otras, para generar, transportar y distribuir electricidad en el valle del río Tennessee, que involucra 7 estados. Todo ello, bajo la ley denominada Tennessee Valley Authority Act, de mayo de 1933, bajo el gobierno de Franklin Delano Roosevelt. Las razones para la creación de esta empresa estatal son simples: hacia 1929, las empresas energéticas, centradas en la rentabilidad, cobraban a los usuarios del estado de Nueva York precios varias veces más elevados que los que sufragaban los canadienses, tan sólo cruzando el río San Lorenzo, y eso dio nacimiento a una propuesta que fracasó; tal, la de que el Estado construyera diques y plantas generadoras de electricidad para que esa energía estuviera a disposición de los transportistas y distribuidores privados si éstos bajaban sus tarifas. Si bien la propuesta hizo que los neoyorquinos se sintieran protegidos, las empresas energéticas la bloquearon en la legislatura. Por ello, Roosevelt, apenas ganó la elección presidencial de 1932, redobló la apuesta: 37 días después de

Primero, la Corte Suprema no puede declarar la inconstitucionalidad en un procedimiento voluntario y no contencioso<sup>27</sup>.

Segundo, no se puede anticipar una decisión de inconstitucionalidad antes de la necesidad de decidirla<sup>28</sup>.

su asunción como presidente envió al Congreso la ley de creación de la Tennessee Valley Authority, que se halla en 48 Stat. 58-59, 16 USC sec. 831. Así, en la primavera de 1933 se sancionó la ley, que por cierto fue más tarde impugnada judicialmente, saliendo airosa, y hoy en día, la Tennessee Valley Authority (TVA), de autoría de Roosevelt, pervive.

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

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

<sup>27</sup> (1) “*The Court will not pass upon the constitutionality of legislation in a friendly, nonadversary, proceeding, declining because to decide such questions “is legitimate only in the last resort, and as a necessity in the determination of real, earnest, and vital controversy between individuals. It never was the thought that, by means of a friendly suit, a party beaten in the legislature could transfer to the courts an inquiry as to the constitutionality of the legislative act”*; “*Ashwander vs. Tennessee Valley Authority*”, 297 U. S. 288 (1936), esp. p. 346.

<sup>28</sup> “*The Court will not anticipate a question of constitutional law in advance of*

Tercero, no se puede formular una regla de constitucionalidad más amplia que la requerida por los hechos precisos a los cuales ha de aplicarse<sup>29</sup>.

Cuarto, si el caso puede ser resuelto de dos formas diferentes: la primera involucrando una cuestión constitucional y la segunda involucrando una cuestión meramente legal, debe optarse por la segunda solución<sup>30</sup>.

Quinto, no se puede apreciar la constitucionalidad de una ley a instancia de una parte que no ha podido probar que la aplicación de ésta le ocasionaba perjuicio<sup>31</sup>.

Sexto, la Corte no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley a instancia de una parte que se ha beneficiado con ésta<sup>32</sup>.

Séptimo, una ley siempre debe ser interpretada de manera tal que se evite, en lo posible, su declaración de inconstitucionalidad<sup>33</sup>.

Estas reglas garantizan los efectos no legislativos de una decisión judicial en la que se ejerza el control de constitucionalidad. Al reque-

*the necessity of deciding it*"; "Ashwander vs. Tennessee Valley Authority", 297 U. S. 288 (1936), esp. p. 346.

<sup>29</sup> "The Court will not formulate a rule of constitutional law broader than is required by the precise facts to which is to be applied"; "Ashwander vs. Tennessee Valley Authority", 297 U. S. 288 (1936), esp. p. 347.

<sup>30</sup> "The Court will not pass upon a constitutional question although properly presented by the record, if there is also present some other ground upon which the case may be disposed of. This rule has found most varied application. Thus, if a case can be decided on either of two grounds, one involving a constitutional question, the other a question of statutory construction or general law, the Court will decide only the latter"; "Ashwander vs. Tennessee Valley Authority", 297 U. S. 288 (1936), esp. p. 347.

<sup>31</sup> "The Court will not pass upon the validity of a statute upon complaint of one who fails to show that he is injured by its operation"; "Ashwander vs. Tennessee Valley Authority", 297 U. S. 288 (1936), esp. p. 347.

<sup>32</sup> "The Court will not pass upon the constitutionality of a statute at instance of one who has availed himself of its benefits"; "Ashwander vs. Tennessee Valley Authority", 297 U. S. 288 (1936), esp. p. 348.

<sup>33</sup> "When the validity of an act of the Congress is drawn in question, and even if a serious doubt of constitutionality is raised, it is a cardinal principle that this Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the question may be avoided"; "Ashwander vs. Tennessee Valley Authority", 297 U. S. 288 (1936), esp. ps. 348-349.

rirse el recaudo *contencioso*, se exige la contienda, apuntándose la decisión a una causa o controversia. Al fijarse el requisito temporal, se deja en claro que tiene que haber *necesidad de una decisión* judicial sobre la inconstitucionalidad, y es la existencia de esa necesidad la que marcará el momento adecuado para el planteo y su resolución, pudiendo sobreentenderse que la necesidad de decisión hace a los involucrados en la contienda. De tal modo, mientras que el legislador vela, ante las necesidades, prospectivamente, el juez decide impulsado por una necesidad de decisión que ya se ha generado, y nunca decidirá cuando la necesidad de decisión todavía no haya aparecido. Los *alcances* de la decisión judicial comprenderán sólo los hechos precisos, hechos naturalmente pasados y cognoscibles. Así, se completa el recaudo de contienda, apreciada retrospectivamente, con una necesidad ya generada y divisada, en torno a hechos también pasados por necesidad, pues si no fueran pasados no serían posibles de ser conocidos. Ello contrasta con la labor del legislador, que vela por hechos futuros, según la necesidad que pueda prever, con alcance general, pues la ley es regla o medida enderezada a guiar la acción de todos<sup>34</sup>.

Estas reglas –también vimos– exigen *acreditación* del gravamen, extremo que, nuevamente, coloca a la eventual decisión en el restringido campo de las partes en la controversia, en el marco del gravamen, ya producido, y que al tener que ser acreditado o comprobado, tendrá, necesariamente, que ser pasado. Ello difiere de la actitud de prospección con la que el legislador analiza la realidad pasada más o menos reciente y regla para el futuro<sup>35</sup>. En punto al *interés*, se exige que quien hace el planteo de inconstitucionalidad no se halla beneficiado con la norma o régimen que impugna, y ello contrasta con la labor del legislador, que podría, hipotéticamente beneficiarse con una nueva ley. Finalmente, el carácter *excepcional* de la decisión sobre una inconstitucionalidad en el marco judicial difiere de la situación en la que se halla el legis-

<sup>34</sup> Conf. AQUINO, Santo Tomás de, *Summa Teologica*, I-II Primera sección de la Segunda Parte (*Prima Secundæ*), Questio 90 (*De la esencia de la ley*), art. 2º: “Hemos visto (a.1) que la ley, al ser regla y medida de los actos humanos, pertenece a aquello que es principio de estos actos”.

<sup>35</sup> Excede el marco del presente la consideración de una definición de retroactividad y su legalidad y constitucionalidad.

lador: éste, sea en el recinto parlamentario o en las oficinas administrativas, se halla bajo el “techo”, al menos, de la norma atributiva de competencia, de rango constitucional o legal, y como su decisión será general deberá velar, en la etapa de elaboración del acto general, por razones de precaución o eliminación de costos futuros evitables, porque el producto sea constitucional. Por ende, puedo propiciar que, en la etapa de debate o elaboración, y por razones de prudencia o reducción de costos futuros de transacción, debería el legislador trabajar sobre la hipótesis de que la norma propuesta o proyectada es en principio inconstitucional, apuntado a lograr que la misma –en el recinto o en los dictámenes previos que se produzcan– apruebe en forma acabada e indubitable los más arduos tests de constitucionalidad. Sólo de esta forma podría, luego, en sede judicial, reinar y resultar exitosa la presunción de constitucionalidad de la ley con que los jueces invisten a las leyes<sup>36</sup>, y –bajo cierta perspectiva– podría razonarse de igual modo en torno a la presunción de legitimidad.

De lo dicho se infiere que los límites del decisor judicial al ejercer el control de constitucionalidad le impiden parecerse a un decisor legislativo pues éste realiza una labor sustancialmente diferente. Como se sostuviera, con acierto: “El acto de legislar no es ontológicamente idéntico al acto de juzgar, pues el legislador forma su juicio sobre el mérito, la oportunidad y la conveniencia de la sanción de una ley, examinando la cuestión desde una perspectiva general e indeterminada con relación a los administrados; mientras el juez, en cambio, resuelve el caso concreto llevado a sus estrados ponderando las particularidades de hecho y el modo en que la norma incide en la esfera privada del justiciable”<sup>37</sup>. Por ende, la equiparación entre juez y legislador es impropcedente.

<sup>36</sup> Ya radicados en sede judicial: “los actos públicos se presumen constitucionales en tanto en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan entenderse armonizados con sus disposiciones. El principio de división de poderes y la regla según la cual no debe suponerse en los titulares de los poderes de gobierno la intención de conculcar el texto constitucional conducen al principio de presunción de constitucionalidad”. “Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete)”, causa 17.768, *Fallos*: 328:2056 (2005) (voto del Dr. Maqueda).

<sup>37</sup> “Sesma, Laura Judith y otro y su acumulado s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”, *Fallos*: 326:2612 (2003) (voto del Dr. Vázquez).

### 3. *La propia jurisprudencia de la Corte Suprema*

La propia jurisprudencia de la Corte Suprema argentina impiden tener a los jueces por legisladores. Como se afirmara: “uno de los mayores aciertos de la Constitución de los Estados Unidos directamente aplicables a nuestro sistema, consistió en limitar los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad a la causa o litigio donde aquélla fue declarada, sin afectar empero los efectos normales de la ley sobre las personas extrañas al pleito en que la invalidez fue pronunciada, que debe ser cumplida y reviste iguales efectos que otra cualquiera”<sup>38</sup>.

En lo que hace a la tarea de interpretación, en infinidad de ocasiones la Corte Suprema argentina ha afirmado que “la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades”<sup>39</sup>.

En lo que hace a su ámbito de actuación, se ha reiterado que “no incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que les son propias, sobre todo cuando la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que les corresponden a los otros poderes”<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> “Search Organización de Seguridad SA c/San Luis, Provincia de s/Acción declarativa”, *Fallos*: 327:1813 (2004).

<sup>39</sup> “Martínez, Alberto Manuel c/Universidad Nacional de Tucumán”, *Fallos*: 329:5621 (2006); “Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación c/EN. PEN s/Acción de amparo”, *Fallos*: 327:2423 (2004); “Cantera Pigüé SA c/Marengo SA”, *Fallos*: 323:3215 (2000); “Ortiz Almonacid, Juan Carlos s/Acción de amparo”, *Fallos*: 322:385 (1999) (voto del Dr. Petracchi); “Niella, Miguel Alberto c/Diario *Época* y Editora Correntina SA s/Ordinario”, *Fallos*: 321:2010 (1998); “Bolaño, Miguel Ángel c/Benito Roggio e Hijos SA. Ormas SA. Unión Transitoria de Empresas. Proyecto Hidra”, *Fallos*: 318:1012 (1995); “Degó, Félix Antonio”, *Fallos*: 242:73 (1958), entre otros.

<sup>40</sup> “Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/EN (Mtrio. de Salud y Acción Social)”, *Fallos*: 310:112 (1987); “Caja Nacional de Ahorro y Seguro c/NCR Argentina SAIC”, *Fallos*: 310:2709 (1987); “Cohen, Rafael c/Instituto Nacional de

Tampoco pueden los jueces instituir la ley<sup>41</sup> o suplir la ley<sup>42</sup>, pues deben mantenerse dentro de su función jurisdiccional<sup>43</sup>.

Los efectos de las sentencias no pueden privar de valor *erga omnes* a las normas impugnadas<sup>44</sup>; las medidas cautelares no pueden suspender la vigencia de una norma con efectos *erga omnes*<sup>45</sup>, y, en suma, no se puede procurar, en sede judicial, una sentencia con carácter de norma general<sup>46</sup>.

Las sentencias que declaran una inconstitucionalidad no tienen efectos derogatorios genéricos pues la declaración de inconstitucionalidad sólo produce efecto dentro de la causa y con vinculación a la ley y a las relaciones jurídicas que la motivaron<sup>47</sup>.

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

Cinematografía s/Nulidad de resolución”, *Fallos*: 313:228 (1990); “Construcciones Taddía SA c/EN (Mtrio. de Educación y Justicia) s/Cobro”, *Fallos*: 315:2217 (1992), entre otros.

<sup>41</sup> “Montero, Víctor Roberto y otros s/Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/Acción contencioso administrativa”, *Fallos*: 319:2616 (1996); “Kreimbohn, Germán y otro c/Caja Administradora del Fondo Especial del Seguro (CAFES) y otro”, *Fallos*: 316: 2732 (1993); “Mansilla, Manuel Ángel c/Hepner, Manuel y otro s/Daños y perjuicios”, *Fallos*: 314:1849 (1991); “Sánchez Abelenda, Raúl c/Ediciones de la Urraca SA y otro”, *Fallos*: 311:2553 (1988); “Rolón Zappa, Víctor Francisco”, *Fallos*: 308:1848 (1986); “Delsoglio, Osvaldo Francisco c/Pablo Casale Ltda. SA”, *Fallos*: 234:82 (1956), entre otros.

<sup>42</sup> “Cardinale, Miguel Ángel c/BCRA s/Incidente de ejecución de sentencia”, *Fallos*: 317:1505 (1994).

<sup>43</sup> “Antelo, Manuel y otros s/Contrabando”, *Fallos*: 324:3141 (2001).

<sup>44</sup> “Abud, Jorge Homero y otros c/Buenos Aires, Provincia de s/Declaración de inconstitucionalidad ley 10.542”, *Fallos*: 314:1186 (1991) (voto de los Dres. Levene [h] y Barra).

<sup>45</sup> “Thomas, Enrique c/ENA s/Amparo”, *Fallos*: 333:1023 (2010).

<sup>46</sup> “Gómez Diez, Ricardo y otros c/PEN. Congreso de la Nación s/Proceso de conocimiento”, *Fallos*: 322:528 (1999).

<sup>47</sup> “Villada, Juan Carlos y otros s/Robo calificado”, *Fallos*: 313:1010 (1990); “Frías, Hugo Daniel; Vila, Héctor Oscar y Flores, Julio Luis s/Robo de automotor calificado por uso de armas”, *Fallos*: 314:75 (1991); “Albornoz, Juan Carlos s/Infracción artículo 6º, ley 20.771”, causa 2901, *Fallos*: 315:276 (1992); “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/Estado de la Provincia de Corrientes s/Demanda contencioso administrativa”, *Fallos*: 324:3219 (2001) (voto de los Dres. Fayt y Belluscio).

#### 4. Separación de poderes

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

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

A juego con la tesis oportunamente plasmada por el *justice* Scalia<sup>48</sup>, la Corte Suprema argentina ha afirmado que “las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que el requisito de la existencia de un ‘caso’ o ‘controversia judicial’ sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes”<sup>49</sup>. Con la mirada puesta en el contencioso requerido, se ha dejado sentado el recaudo de que “la ‘aplicación’ de los actos de los otros poderes debe dar lugar a un litigio contencioso, para cuyo fallo se requiera el examen del punto constitucional propuesto”<sup>50</sup>. Por tanto, la jurisprudencia exige, si no caso o controversia, una aplicación calificada: tal la aplicación (en nuestra hipótesis, del acto de alcance general) hábil para generar una contienda (vinculable con el punto constitucional propuesto).

En materia de legitimación: “la existencia de un interés particular del demandante en el derecho que alega, no aparece como un requisito tendiente a eludir cuestiones de repercusión pública sino a fin de preservar rigurosamente el principio de la división de poderes, al excluir al Poder Judicial de una atribución que, como la de expedirse en forma

<sup>48</sup> SCALIA, Antonin, *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, en 17 *Suffolk U. L. Rev.*, ps. 881-899 (1983).

<sup>49</sup> “San Luis, Provincia de c/EN y otro s/Acción declarativa”, *Fallos*: 330:3777 (2007).

<sup>50</sup> “Municipalidad de la Ciudad de San Luis c/San Luis, Provincia de y EN s/Acción de amparo”, *Fallos*: 324:2315 (2001); “Baliarda SA y otros c/Buenos Aires, Provincia de s/Inconstitucionalidad”, *Fallos*: 326:2931 (2003); “Policonsultorios de Cabecera SRL c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/Acción meramente declarativa”, *Fallos*: 329:3184 (2006).

general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no le ha sido reconocida por el artículo 116 de la Constitución Nacional. Este departamento del Gobierno federal debe ser preservado de la subjudicialización de los procesos de gobierno<sup>51</sup>. De este modo, se evita que los jueces se expidan “en forma general”, en el marco de la separación de poderes.

La tesis de la irrevisibilidad judicial de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia del legislador también evita que la decisión judicial tenga efectos generales. La jurisprudencia del máximo tribunal argentino ha dado amplia aceptación a esta doctrina, colocando bajo el cono de lo irrevisable pluralidad de leyes<sup>52</sup>, con balcones a la fijación de una cuestión política no justiciable.

<sup>51</sup> C.1196.XLVI, ORI, 18-12-2012, “Comunidad Aborigen Santuario Tres Pozos y otros c/Jujuy, Provincia de y otros s/Amparo régimen minero”; I.149.XLIV, ORI, 21-10-2008, “Iannuzzi, Mario c/Entre Ríos, Provincia de y otros (EN) s/Medida cautelar autónoma”; “La Rioja, Provincia de c/Consejo de la Magistratura y otro s/Acción declarativa de certeza, ley 18.198 nacional electoral”, *Fallos*: 328:2429 (2005); “Brandi, Eduardo Alberto c/Mendoza, Provincia de s/Acción de amparo”, *Fallos*: 328:3573 (2005); “Brandi, Eduardo Alberto y otros c/Mendoza, Provincia de s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”, *Fallos*: 330:3109 (2007); M.59.XXXVI, REX, 30-11-2001, “Mosquera, Lucrecia Rosa c/EN (Mtrio. de Economía) s/Acción meramente declarativa”; “Fayt, Carlos Santiago c/EN s/Proceso de conocimiento”, *Fallos*: 322:1616 (1999); “Gómez Díez, Ricardo y otros c/PEN. Congreso de la Nación s/Proceso de conocimiento”, *Fallos*: 322:528 (1999).

<sup>52</sup> Pueden verse: “Minera del Altiplano SA c/EN. PEN y otra s/Amparo”, *Fallos*: 335:1315 (2012); “Massolo, Alberto José c/Transporte del Tejar SA”, *Fallos*: 333:447 (2010); “Agüero, Máximo José y Ovejero Cornejo de Agüero, Teresa c/Banco de la Nación Argentina s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”, *Fallos*: 332:1039 (2009) (voto de la Dra. Argibay); “Coronel, Jorge Fernando c/EN y otros s/Amparo e inconstitucionalidad”, *Fallos*: 332:1060 (2009) (voto del Dr. Lorenzetti y de la Dra. Argibay); “Bank Boston NA c/Gravano, Ariel Rodolfo y otro s/E.”, *Fallos*: 332:373 (2009); “Cohen Arazi, Eduardo c/EN Jefatura de Gabinete, resol. 155/01 y otro s/Empleo público”, *Fallos*: 330:5032 (2007) (disidencia del Dr. Zaffaroni); “R. A., D. c/EN”, *Fallos*: 330:3853 (2007) (disidencia de los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco); “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/Ejecución hipotecaria”, *Fallos*: 330:855 (2007); “Dirección Nacional de Migraciones. M.º del Interior c/Valmor SRL (ley 22.439)”, *Fallos*: 329:5567 (2006); “Dirección Nacional de Migraciones. M.º del Interior c/Valmor SRL (ley 22.439)”, *Fallos*: 329:5567 (2006) (con remisión al dictamen de la Procuración General); “Alba Angélica Invernizzi, TF 16.764-I y otro c/DGI”, *Fallos*: 329:5210 (2006); “Grosvald, Gabriel c/AOL Argentina SRL s/Despido”, *Fallos*: 329:4032 (2006); “Fisco Nacional. Admi-

Finalmente, en el plano de las resoluciones cautelares, se ha afirmado que “una cautelar que suspende la vigencia de toda la norma con efecto

nistración Federal de Ingresos Públicos c/Nicola, María del Carmen s/Ejecución fiscal”, *Fallos*: 329:2152 (2006); “Chiara Díaz, Carlos Alberto c/Estado provincial s/Acción de ejecución”, *Fallos*: 329:385 (2006); “Santiago Dugan Trocello SRL c/PEN. Mtrio. de Economía s/Amparo”, *Fallos*: 328:2567 (2005); “Andrada, Roberto Horacio y otros c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daños y perjuicios, incidente de beneficio de litigar sin gastos de Luis Alberto Andrada –IN5–”, *Fallos*: 328:1416 (2005); “Galli, Hugo Gabriel y otro c/PEN, ley 25.561, decretos 1570/2001 y 214/2002 s/Amparo sobre ley 25.561”, *Fallos*: 328:690 (2005) (votos de los Dres. Maqueda y Highton de Nolasco y de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti); “Consultatio SA (TF 14.572-I y acum. 14.573-I) c/DGI”, *Fallos*: 328:456 (2005); “Berón, Luisa Victoriana y otros y sus acumulados c/Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos”, *Fallos*: 328:91 (2005); “Asociación Civil Jockey Club (TF 11.840-I) c/DGI”, *Fallos*: 327:5614 (2004); “Bustos, Alberto Roque y otros c/EN y otros s/Amparo”, *Fallos*: 327:4495 (2004) (mayoría y voto de la Dra. Highton de Nolasco); “Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación c/EN. PEN s/Acción de amparo”, *Fallos*: 327:2423 (2004); “Müller, Miguel Ángel c/PEN. Contaduría General. Ejército Argentino, decreto 430/2000 s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 326:1138 (2003) (voto del Dr. Boggiano); “Tachella, Mabel Ángela c/DGI. Administración Federal de Ingresos Públicos s/Amparo”, *Fallos*: 325:2600 (2002); “Cámara de Comercio, Industria y Producción c/Administración Federal de Ingresos Públicos s/Amparo”, *Fallos*: 325:645 (2002); “AFIP c/Povolo, Luis Dino s/Infracción al art. 40 de la ley 11.683”, *Fallos*: 324:3345 (2001); “Baterías Sil-Dar SRL c/Barbeito, Walter s/Sumario”, *Fallos*: 324:3184 (2001); “Andresik, Ricardo c/EN”, *Fallos*: 324:2535 (2001) (voto del Dr. Boggiano); “Adamini, Juan Carlos c/PEN s/Acción de amparo”, *Fallos*: 323:2409 (2000); “Guida, Liliana c/PEN s/Empleo público”, *Fallos*: 323:1566 (2000) (voto del Dr. Boggiano); “Lufthansa Líneas Aéreas Alemanas c/Dirección Nacional de Migraciones, disp. DNM 4783/96”, *Fallos*: 322:2345 (1999); “EN (Mtrio. de Cultura y Educación) c/Universidad Nacional de Luján s/Aplicación ley 24.521”, *Fallos*: 322:842 (1999); “Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco, rector) c/EN, declaración de inconstitucionalidad, sumario”, *Fallos*: 322:919 (1999); “Ortiz Almonacid, Juan Carlos s/Acción de amparo”, *Fallos*: 322:385 (1999); “Municipalidad de Avellaneda c/ENTEL en liquidación s/Ejecución fiscal”, *Fallos*: 322:227 (1999); “Niella, Miguel Alberto c/Diario *Época* y Editora Correntina SA s/Ordinario”, *Fallos*: 321:2010 (1998); “Vidal, Humberto S. Fiscal de Cámara Córdoba”, *Fallos*: 321:989 (1998); “Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio s/Información sumaria, sumarísimo”, *Fallos*: 321:92 (1998); “Sigra SRL s/Ley 23.771”, causa 2953, *Fallos*: 320:1962 (1997); “Cafés La Virginia SA c/Dirección General Impositiva s/Demanda de repetición”, *Fallos*: 320:1166 (1997); “Monges, Analía M. c/UBA, resol. 2314/95”, *Fallos*: 319:3148 (1996); “Partido Alternativa Progresista de Corrientes s/Reconocimiento de personería jurídico-política como partido de distrito”, *Fallos*: 319:1640 (1996); “Indo SA c/Fisco Nacional (DGI) s/Repe-

*erga omnes*, tienen una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia debe ser evaluada con criterios especialmente estrictos<sup>53</sup>. En la misma postura, se consideró que “una cautelar que suspende la vigencia de la parte esencial de la ley 26.639 tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia, debió ser evaluada con criterios especialmente estrictos que no parecen haber sido considerados en el *sub lite*”<sup>54</sup>. De este modo, en el campo cautelar, allí donde existe la disyuntiva de analizar o no la existencia de legitimación o caso; allí donde conceder la medida podría considerarse equivalente a dar por verificada la legitimación activa o el recaudo de caso; donde menos prístinamente se advierte la configuración del caso en virtud de la oportunidad temporal en que naturalmente se efectúan los planteos cautelares, la jurisprudencia –como vimos– ha propuesto aplicar el límite

tición (ley 11.683)”, *Fallos*: 318:785 (1995); “Krill Producciones Gráficas SRL s/Apelación de clausura”, *Fallos*: 316:1239 (1993); “Morillas, Juan Simón s/Apelación c/Resolución de la Dirección General Impositiva”, *Fallos*: 316:1261 (1993); “Carlos Ignacio Caminal SCA c/Fisco Nacional (DGI) s/Nulidad de resolución”, *Fallos*: 315:2443 (1992); “Pupelis, María Cristina y otros s/Robo con armas”, causa 6491, *Fallos*: 314:424 (1991); “Videla Cuello, Marcelo sucesión de c/La Rioja, Prov. de s/Daños y perjuicios”, *Fallos*: 313:1638 (1990) (voto de los Dres. Barra y Fayt); “Riveros, Santiago Omar y otros s/Privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc.”, *Fallos*: 313:1392 (1990) (voto de los Dres. Petracchi y Oyhanarte); “Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/Avocación en autos: Fontenla, Moisés Eduardo c/EN”, *Fallos*: 313:863 (1990); “García de Machado, Sara c/Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba”, *Fallos*: 312:1681 (1989); “Partido Peronista Femenino s/Reconocimiento de Personalidad Jurídico-Política”, *Fallos*: 312:72 (1989); “Laryea SA c/Res. 387 MOSP”, *Fallos*: 310:1399 (1987); “Ercolano c/Lanteri de Renshaw”, *Fallos*: 136:161 (1922); “Municip. de la Capital c/Ramos, Eulogio”. “Manuel Gutiérrez c/Prov. de San Juan”. “Medina, David L. c/Prov. de Tucumán”. “Ayerza, Alejandro c/Provincia de Córdoba”. “SATIA c/Prov. de Buenos Aires”. “Bco. Ítalo-Argentino de San Juan c/Prov. de San Juan”. “José Vivo c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”. “Paul, Eduardo y otro c/Nación Argentina”. “Frederking, Gustavo A. y otros c/Nación. Becú, Carlos T. (Suc.). Cooperativa Eléctrica Bahiense Ltda.”, *Fallos*: 181:264 (1938), entre otros.

<sup>53</sup> “Thomas, Enrique c/ENA s/Amparo”, *Fallos*: 333:1023 (2010).

<sup>54</sup> “Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c/EN s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”, *Fallos*: 335:1213 (2012); en igual sentido, M.185.XLVII, “Minera Argentina Gold SA c/EN”, y A.138.47, “Asociación Obrera Minera (AOMA) y otras c/EN”, falladas en la misma fecha.

menos gravoso, verbigracia: la aplicación de un criterio estricto sólo cuando: (i) la parte ha solicitado la suspensión cautelar de (ii) la vigencia de toda una norma, (iii) con efecto *erga omnes*. De tal modo, queda abierta la posibilidad de pedido de suspensión cautelar de partes de una norma –por ejemplo: parte de su articulado– con efectos no generales sino determinados –por ejemplo: subjetivamente–, o bien, por exclusión, el desplazamiento de este criterio estricto cuando se esté ante una medida cautelar no suspensiva.

##### 5. *La ley formal*

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

La jurisprudencia ha plasmado estos requisitos en diversos precedentes estableciendo que la jurisdicción federal sólo se ejerce en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte<sup>55</sup>; que la justicia federal nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos<sup>56</sup> en que es requerida a instancia de parte, por

<sup>55</sup> “F. C. Central c/Municip. de Alejandro; Miseria, Antonio”, *Fallos*: 183:385 (1939); “Defensor del Pueblo de la Nación c/EN. PEN. Decreto 1517/98 s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 323:4098 (2000); “Raña, Luis Ángel c/Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/Acción declarativa”, *Fallos*: 324:2388 (2001); “Defensor del Pueblo de la Nación c/EN. Mtrio. de Economía y Obras y Servicios Públicos (monotributo), decreto 885/98 s/Amparo, ley 16.986”, *Fallos*: 326:2777 (2003); “Defensor del Pueblo de la Nación, inc. decreto 1316/2002 c/EN. PEN decretos 1570/2001 y 1606/2001 s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 330:2800 (2007).

<sup>56</sup> “HIRU SRL c/Federación Argentina de Trabajadores de la Industria Gastronómica”, *Fallos*: 245:552 (1959); “Banco Popular de La Plata SA c/Banco Central de la

lo que se requiere la existencia de una controversia entre partes, en la que pueda existir un derecho lesionado que el pronunciamiento deba reparar<sup>57</sup>; que las declaraciones abstractas<sup>58</sup> o generales sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas están vedadas a la justicia, exigiéndose su previa aplicación al hecho o caso contencioso producido<sup>59</sup>; que no hay caso o controversia cuando se impugna una convocatoria a consulta popular<sup>60</sup>; que hay causa contenciosa cuando se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas<sup>61</sup>.

República Argentina”, *Fallos*: 273:109 (1969); “Raña, Luis Ángel c/Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/Acción declarativa”, *Fallos*: 324:2388 (2001); “Defensor del Pueblo de la Nación c/EN. Mtrio. de Economía y Obras y Servicios Públicos (monotributo) decreto 885/98 s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 326:2777 (2003); “Bravo, Alfredo Pedro (diputado nacional) c/Integrantes de la Cámara Nacional Electoral”, *Fallos*: 327:590 (2004); “Halabi, Ernesto c/PEN. Ley 25.873, decreto 1563/2004 s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 332:111 (2009).

<sup>57</sup> “Gremillón, Plácido. Minas de Epecuén SA c/Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 210:897 (1948).

<sup>58</sup> “Gremillón, Plácido. Minas de Epecuén SA c/Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 210:897 (1948).

<sup>59</sup> “Procurador fiscal del Juzgado Federal de Salta”, *Fallos*: 156:318 (1930).

<sup>60</sup> “Baeza, Anfbal Roque c/Nación Argentina. Founrouge, Alberto M.”, *Fallos*: 306:1125 (1984).

<sup>61</sup> “Lorenzo, Constantino c/Nación Argentina”, *Fallos*: 307:2384 (1985); “Klein, Guillermo Walter”, *Fallos*: 308:1489 (1986); “Incidente promovido por la querella s/Inconstitucionalidad de decreto”, *Fallos*: 310:2342 (1987); “Zaratiegui, Horacio y otros c/EN s/Nulidad de acto legislativo”, *Fallos*: 311:2580 (1988); “Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/Inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89”, *Fallos*: 313:594 (1990); “Polino, Héctor y otro c/Poder Ejecutivo (Exp. Feria 5/94) s/Amparo”, *Fallos*: 317:335 (1994); “Ravaglia y otros c/Provincia de Santa Fe s/Amparo”, *Fallos*: 317:1224 (1994); “Pereyra, Eliseo Armando c/EN y otro (Salta) s/Inconstitucionalidad”, *Fallos*: 320:1556 (1997); “Edesur SA c/Buenos Aires, Provincia de s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”, *Fallos*: 321:551 (1998); “Droguería Aries SA c/Santa Fe, provincia de y otros s/Inconstitucionalidad”, *Fallos*: 322:678 (1999); “Raimbault, Manuel y otros c/Tierra del Fuego, Provincia de s/Acción declarativa”, *Fallos*: 324:2381 (2001); “Porta, Pedro Juan c/Buenos Aires, Provincia de s/Acción declarativa”, *Fallos*: 325:474 (2002); “Sindicato Argentino de Docentes Particulares c/Santa Fe, Provincia de s/Acción declarativa de nulidad”, *Fallos*: 325:961 (2002); “Baliarda SA y otros c/Buenos Aires, Provincia de s/Inconstitucionalidad”, *Fallos*: 326:2931 (2003); “Viejo Roble SA c/Bank Boston NA s/Acción meramente declarativa”, *Fallos*: 326:4019 (2003); “Search Organización de Seguridad SA c/San Luis, Provincia de s/Acción declarativa”,

### III. Factores positivos

Diversos factores, no obstante lo dicho, posibilitarían que, de hecho<sup>62</sup>, haya fallos con verdadero valor de ley. Esos fallos imperarían hasta tanto, eventualmente, se produzca la respuesta política de los órganos políticos del Estado encargados de la emisión de actos de alcance general, dentro de su esfera de competencia y respetando los principios que anidan en nuestra Constitución.

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

#### 1. Casos abstractos

En esta clase pueden ubicarse, a primera vista, fallos como “Halabi”<sup>63</sup> o “F., A. L.”<sup>64</sup>. En ambos<sup>65</sup> falta lo que la jurisprudencia reseñada exigiría bajo el rubro “aplicación de la norma” a efectos de generar el caso contencioso en el que una parte afectada quiera precaverse de los efectos (inconstitucionales) de esa aplicación. En ambos, al momento de ser fallados, esa aplicación se evidencia como permanentemente imposible pues, en el primero, media suspensión de la normativa impugnada, y en el otro, ya ha desaparecido el gravamen al tenerse que fallar: en el primero, la suspensión de la aplicación de la norma

*Fallos*: 327:1813 (2004); “Asociación de Testigos de Jehová c/Consejo Provincial de Educación del Neuquén s/Acción de inconstitucionalidad”, *Fallos*: 328:2966 (2005); “El Muelle Place SRL c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/Amparo”, *Fallos*: 329:1675 (2006); C.305.XLIII, COM, 17-10-2007, “Luján, Jorge c/Perello, Julio s/Ejecución”.

<sup>62</sup> El aspecto fáctico, vinculado al *stare decisis*, no de fuente normativa sino fáctica, es propuesto por BIANCHI, Alberto B., *De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del “stare decisis”)*, en *El Derecho Constitucional*, vol. 2000/2001, ps. 335-347.

<sup>63</sup> “Halabi, Ernesto c/PEN, ley 25.873, decreto 1563/2004 s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 332:111 (2009).

<sup>64</sup> “F., A. L. s/Medida autosatisfactiva”, *Fallos*: 335:197 (2012).

<sup>65</sup> Acerca de ellos me permito remitir a SACRISTÁN, Estela B., *Subsistencia del gravamen*, en MANILI, Pablo (coord.), *Máximos precedentes. Derecho Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. I, *Recurso extraordinario federal*, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 177/268.

subsiste al momento de escribir estas líneas, es decir, hace nueve años<sup>66</sup>; en el segundo, mal se podía debatir la punibilidad del aborto ya consumado, con el respectivo por-nacer ya muerto tras casi tres meses de embarazo<sup>67</sup>. En suma, se advierte, en ambos, la ausencia de “caso a resolver”<sup>68</sup>.

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

Veo fortalecida esta interpretación a partir del lenguaje adoptado en los dos casos mencionados. En ellos se vuelcan sonoras exhortaciones, a modo de *obiter dictum*. Pueden verse los considerandos finales de “F., A. L.”<sup>69</sup>, donde se expresa: “...corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios [...] [que] deberán: contemplar [...] y articular mecanismos que permitan resolver

<sup>66</sup> El sistema informático del Ministerio de Economía (último acceso, 23-7-2014) indica: “Nota Infoleg: por art. 1º del Decreto 357/2005 se suspende la aplicación del presente Decreto”, refiriéndose al decreto 1563/2004, el que luce en la carátula de la causa “Halabi” ya citada.

<sup>67</sup> Ver consids. 1º y 2º de “F., A. L. s/Medida autosatisfactiva”, *Fallos*: 335:197 (2012). Puede verse ZAMBRANO, Pilar y SACRISTÁN, Estela B., *¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso “F., A. L. y la relativización de los derechos fundamentales”*, en J. A. 2012-II-385/402.

<sup>68</sup> Así, puede decirse que “resulta lógico concluir que cualquier decisión judicial al respecto ya no significaría la solución de un caso ni la determinación de un objeto, por cuanto éste ha desaparecido”, según la clara enseñanza de VANOSI, Jorge R., *Jurisdicción y Corte Suprema ante los casos abstractos*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1963, t. I-IV, p. 132, cit. en LAPLACETTE, Carlos J., *Exigencias temporales del caso judicial. Los casos devenidos abstractos, situaciones limítrofes y discusión sobre su constitucionalidad, su disertación del 18-5-2011, en sesión privada del Instituto de Política Constitucional*, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2011, p. 6.

<sup>69</sup> “F., A. L. s/Medida autosatisfactiva”, *Fallos*: 335:197 (2012), consids. 29 a 31.

[...] deberá disponerse [...] deberá exigirse [...] se extremen los recaudos [...] deberá asegurarse [...] se considera indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen [...] deberá capacitarse...” También puede leerse, en “Halabi”: “[E]sta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como [...] Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación [...] Es menester, por lo demás, que se implementen...”<sup>70</sup> En lo esencial, como lo expresara Oteiza, en “Halabi”, la Corte Suprema “describió los estándares mínimos para las acciones por intereses colectivos, con base en las acciones de clase y las acciones por intereses colectivos bajo las leyes de Brasil”<sup>71</sup>.

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

## 2. Otorgamiento de amplio “standing”

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

Ese otorgamiento de amplia legitimación activa –con todas sus particularidades en el contencioso administrativo<sup>72</sup>– puede verificarse de dos maneras: a partir del texto –y su remisión– de la parte resolutive del fallo, o a partir del considerando en el cual se analiza la legitimación activa.

<sup>70</sup> “Halabi, Ernesto c/PEN. Ley 25.873, decreto 1563/2004 s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 332:111 (2009), consid. 20.

<sup>71</sup> OTEIZA, Eduardo, *Civil Procedure Reforms in Latin America: The Role of the Judge and the Parties in Seeking a Fair Solution*, en *Supreme Court Law Review* (2010), 49 S. C. L. R. (2d), ps. 225-246, p. 240.

<sup>72</sup> Ver, con provecho, ROJAS, Jorge A., *La cuestión de la legitimación en los procesos administrativos*, en *Revista de Derecho Público*, N° 2004-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 57/73.

Respecto de la primera posibilidad, fue en “Monges”<sup>73</sup> donde la Corte Suprema dijo: “34) Que, sin perjuicio de la solución a la que aquí se arriba, dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el denominado ‘Ciclo Básico Común’ de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el ‘Curso Preuniversitario de Ingreso’ creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos. Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada, sin perjuicio de lo dispuesto en el considerando 34”.

Respecto de la segunda posibilidad, un claro ejemplo surge de los considerandos 24 y 25 de “Ekmekdjian”<sup>74</sup>, donde se expresara: “24) Que corresponde ahora tratar el tema de la legitimación del actor...” y, luego de considerar que el actor era “una persona que se ha sentido mortificada en sus sentimientos más profundos”, concluyó que, “ejercido este derecho de responder a los dichos del ofensor, su efecto reparador alcanza, sin duda, al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos...” Se entrelazan, así, legitimación activa y efectos de la sentencia.

Dentro de la mencionada segunda posibilidad, y evidenciando avances pretorianos, se destaca “Rizzo”<sup>75</sup>, en el cual la Corte Suprema, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 y del decreto 577/2013, dejando sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico

<sup>73</sup> “Monges, Analía M. c/UBA, resol. 2314/95”, *Fallos*: 319:3148 (1996).

<sup>74</sup> “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros”, *Fallos*: 315:1492 (1992).

<sup>75</sup> 18-6-2013, R.369.XLIX, REX, “Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3, Gente de Derecho) s/Acción de amparo c/PEN. Ley 26.855 s/Medida cautelar”.

y científico, sin afectar el proceso electoral para cargos de diputados y senadores establecido por decreto 501/2013. En el caso, se consideró que el acto tenía un interés concreto, directo e inmediato pues había acreditado su doble condición de “apoderado de una agrupación integrada por abogados de la matrícula federal que participa en los procesos de elección de los representantes de ese estamento técnico en el Consejo de la Magistratura” y, asimismo, de apoderado de una “agrupación proscripta” en virtud del régimen impugnado<sup>76</sup>. De ello se infiere que la proyección de los efectos de la sentencia se esparcirán de derecho sobre todos los miembros de la agrupación y, ulteriormente, sobre la matrícula toda que potencialmente podría inclinarse por votar a la agrupación proscripta, en el campo donde el precedente cobra efectivos bríos, con toda su fuerza de tal, proyectándose, de hecho, sobre la comunidad política toda.

La graduación que se advierte, a partir de los tres casos mencionados, parece transitar desde la decisión resolutive misma en “Monges”<sup>77</sup> hasta la consideración de la legitimación y efectos explícitos en “Ekmekdjian”<sup>78</sup>, y la consideración de la legitimación y efectos implícitos en “Rizzo”<sup>79</sup>. En los tres hay efectos amplios de la decisión judicial, expresos o literalmente volcados en los dos primeros casos, y expresos e implícitos en el tercer caso reseñado.

### 3. *La fuerza del precedente*

Alimentada por la fuerza del precedente –en rigor, por la doctrina de la Corte Suprema que dice que será sancionada con la tacha de arbitrariedad una sentencia de un tribunal inferior que se aparte de la jurisprudencia de aquélla sin aportar nuevos argumentos que justifiquen tal apartamiento<sup>80</sup>– y con efectos amplios, de hecho –en un

<sup>76</sup> 18-6-2013, R.369.XLIX, REX, “Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3, Gente de Derecho) s/Acción de amparo c/PEN. Ley 26.855 s/Medida cautelar”, consids. 4 y 5.

<sup>77</sup> “Monges, Analía M. c/UBA, resol. 2314/95”, *Fallos*: 319:3148 (1996).

<sup>78</sup> “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros”, *Fallos*: 315:1492 (1992).

<sup>79</sup> 18-6-2013, R.369.XLIX, REX, “Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3, Gente de Derecho) s/Acción de amparo c/PEN. Ley 26.855 s/Medida cautelar”.

<sup>80</sup> Como enseña el profesor Sagüés, esta doctrina es fruto de un desarrollo jurisprudencial, tiene una jurisprudencia paralela, complementaria, por la cual “si la sen-

país que, como el nuestro, carece de *stare decisis* de raigambre positivo-normativista—, cierta jurisprudencia se yergue sobre el margen decisional de los tribunales inferiores y la ciudadanía misma con marcada fortaleza.

Consideremos causas como “Arriola”<sup>81</sup>, “Carranza Latrubesse”<sup>82</sup> o “Soldano”<sup>83</sup>. Después de estos fallos, difícilmente se tengan dudas sobre el umbral de punibilidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal: el carácter vinculante de una recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o la legalidad del cargo que dispone el gobierno sin audiencia pública previa para nutrir fondos fiduciarios de la esfera del Ministerio de Planificación. Lo mismo si aún hoy se pretendiera debatir la validez formal de la ley impugnada en “Nobleza Piccardo”<sup>84</sup>, la legalidad de los medidores de agua en los edificios de propiedad horizontal con cargo prorrateado al consorcio luego de “Defensor del Pueblo”<sup>85</sup>, o la constitucionalidad de la pesificación después de “Massa”<sup>86</sup>.

Empero, esta fuerza del precedente con sus efectos fácticamente expansivos enraíza en la doctrina jurisprudencial de cariz normativo-positivista mencionada al inicio de este acápite, operando bajo

tencia impugnada se sustenta en los precedentes análogos decididos por la Corte, tiene que confirmarse el fallo, salvo que se aporten nuevos fundamentos que desvirtúen los que se adujeron en aquellas causas”. Conf. SAGÜÉS, Néstor P., *Recurso extraordinario*, 4ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 191 y, en general, ps. 182-196 y sus numerosas citas jurisprudenciales.

<sup>81</sup> “Arriola, Sebastián y otros s/Causa 9080”, *Fallos*: 332:1963 (2009).

<sup>82</sup> 6-8-2013, C.568.XLIV, RHE, “Carranza Latrubesse, Gustavo c/EN. Mtrio. de Relaciones Exteriores Provincia del Chubut s/Proceso de conocimiento”.

<sup>83</sup> 15-7-2014, S.537.XLV, REX, “Soldano, Domingo c/EN, ley 26.095. Mtrio. de planificación resol. 2008/06 y otro s/Amparo ley 16.986”.

<sup>84</sup> “Nobleza Piccardo SAICyF c/EN. Dirección General Impositiva s/Repetición DGI”, *Fallos*: 321:3487 (1998).

<sup>85</sup> “Defensor del Pueblo de la Nación c/EN. PEN. Mtrio. de Econ. Obras y Serv. Públ. y otros s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 323:2519 (2000) y “Defensor del Pueblo de la Nación c/EN. PEN. M.º de Econ. Obras y Serv. Públ. y otros s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 332:1759 (2009).

<sup>86</sup> “Massa, Juan Agustín c/PEN, decreto 1570/2001 y otro s/Amparo ley 16.986”, *Fallos*: 329:5913 (2006).

la amenaza de sanción en virtud de la doctrina de la arbitrariedad; no porque expresa o implícitamente lo determine –o pueda, con arreglo a Derecho, determinarlo– el respectivo decisorio. Ello permite que, eventualmente, ante un caso posterior, quede espacio, dentro de los bordes de la discrecionalidad judicial<sup>87</sup>, para alguna solución de equidad que clame por un apartamiento por razones de justicia en el caso particular. Caso contrario, los efectos expansivos perviven, y un ejemplo de ello es la línea “Rizzo”<sup>88</sup>-“Monner Sans”<sup>89</sup>, versando, este último, sobre rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la ley 26.080 relativa al equilibrio en el Consejo de la Magistratura y a la inexistencia de discordancia sustancial entre uno y otro fallo. Bajo el precitado “Monner Sans”<sup>90</sup>, otro planteo más, futuro, sobre inconstitucionalidad de esa ley sería, muy probablemente, rechazado también.

Entiendo que, hasta tanto no se suscite el mentado caso de equidad, los efectos del precedente son, de hecho, generales, amplios, trascendiendo a las partes y derramándose sobre la masa de litigios pendientes y, si se quiere, sobre la comunidad toda. Un ejemplo de ello sería la línea “Halabi”<sup>91</sup> y sus desarrollos, o el precitado “Monner Sans”<sup>92</sup>. Como podría afirmar algún magistrado: “Yo legislo, tú legislas, nosotros todos legislamos”<sup>93</sup>, al menos, en el plano de la fuerza fáctica del precedente.

<sup>87</sup> Sobre la cuestión puede ampliarse en ETCHEVERRY, Juan Bautista, *Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites*, en *Teoría y Derecho* 15 (2014), Sección IV (en prensa).

<sup>88</sup> 18-6-2013, R.369.XLIX, REX, “Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3, Gente de Derecho) s/Acción de amparo c/PEN. Ley 26.855 s/Medida cautelar”.

<sup>89</sup> 6-3-2014, M.2503.XLII, “Monner Sans, Ricardo c/EN. Secretaría General de la Presidencia y otros s/Amparo ley 16.986”.

<sup>90</sup> 6-3-2014, M.2503.XLII, “Monner Sans, Ricardo c/EN. Secretaría General de la Presidencia y otros s/Amparo ley 16.986”.

<sup>91</sup> Ver CSJN, “Halabi”, *Fallos*: 332:111 (2009); “Cavalieri, Jorge y otro c/Swiss Medical SA s/Amparo”, *Fallos*: 335:1080 (2012); 21-8-2013, P.361.XLIII, REX, “PA-DEC c/Swiss Medical SA s/Nulidad de cláusulas contractuales”, entre otros.

<sup>92</sup> 6-3-2014, M.2503.XLII, “Monner Sans, Ricardo c/EN. Secretaría General de la Presidencia y otros s/Amparo ley 16.986”.

<sup>93</sup> La gráfica frase corresponde a GIBSON, Dale, *Judges as Legislators: Not Whether but How*, en *25 Alta. L. Rev.* 249 (1986-1987), ps. 249-263, esp. p. 249.

#### 4. *Ley formal que disponga efectos generales*

En este renglón puede, finalmente, mencionarse la ley 25.675 de presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable que dispone, en su artículo 33 que “...La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”. Ante la literalidad de esta norma de rango legal formal, la sentencia que tipifique en la prevista en el artículo citado tendrá alcances generales. Ello guarda arreglo con la doctrina conforme la cual “en las acciones que persiguen la protección del medio ambiente se puede apreciar con claridad que el objeto del proceso, además de resultar supraindividual, es indivisible, no existe una posibilidad concreta de advertir de qué modo puede apropiarse cada persona individual de su resultado”<sup>94</sup>, contexto en el cual esa indivisibilidad del bien en juego –el medio ambiente no se puede dividir– es el que marca los efectos generales.

#### 5. *Inacción de los poderes políticos*

La inacción de los poderes políticos puede, en sí misma, provocar la perduración, con efectos amplios, de la decisión judicial que llena el vacío generado por esa inacción de tenor político. Puede considerarse, en este renglón, el legendario Siri<sup>95</sup>, que perdurara hasta la sanción de la Ley de Acción de Amparo 16.986; “Sejean”<sup>96</sup>, que rigiera hasta la sanción de la Ley de Matrimonio Civil 23.515; “Moya”<sup>97</sup> y “Timerman”<sup>98</sup>, hasta la sanción de la Ley de Estado de Sitio 23.098; “Ekmekdjian”<sup>99</sup> y “Fibraca”<sup>100</sup>, que reinaran en materia de *status* de

<sup>94</sup> ROJAS, *La cuestión de la legitimación...* cit., p. 69.

<sup>95</sup> “Siri, Ángel”, *Fallos*: 239:459 (1957).

<sup>96</sup> “Sejean, Juan Bautista c/Ana María Zaks de Sejean”, *Fallos*: 308:2268 (1986).

<sup>97</sup> “Moya, Benito Alberto”, *Fallos*: 303:696 (1981).

<sup>98</sup> “Timerman, Jacobo”, *Fallos*: 300:816 (1978).

<sup>99</sup> “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros”, *Fallos*: 315:1492 (1992).

<sup>100</sup> “Fibraca Constructora SCA c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, *Fallos*: 316:1669 (1993).

los tratados internacionales hasta que se reformara la Constitución en 1994; “Peralta”<sup>101</sup>, que inclinara la balanza en forma definitiva a favor del control de constitucionalidad en la acción de amparo con consagración constitucional también en 1994.

#### IV. Reflexiones finales

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

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

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

De la suerte de empate teórico que estas doctrinas ponen en evidencia, lo cierto es que puedo percibir dos escenarios que pueden ser tomados en consideración: la asignación, al juez, de un rol similar al legislativo, dada una determinada composición del tribunal, lo cual –se ha dicho<sup>102</sup>– brinda seguridad jurídica, certeza, previsibilidad, po-

<sup>101</sup> “Peralta, Luis Arcenio y otro c/EN. Mtrio. de Economía. BCRA s/Amparo”, *Fallos*: 313:1513 (1990).

<sup>102</sup> D’AMATO, Anthony, *Judicial Legislation*, 1, en *Cardozo Law Review* 63-97 (1979), esp. p. 85.

tenciada por los factores que facilitan admitir un rol *quasi* legislativo en el juez. Y, por el otro, un escenario de nueva composición del mismo tribunal, con el vacío consecuente creado, ante el cual podríamos hasta temer la generación de ese rol legislativo mediante los factores facilitadores enumerados, y es allí cuando podríamos hasta bregar por el imperio de los factores dirimentes.

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

Lo que –entiendo– siempre resultará valioso es una labor adjudicativa que, más allá de hacer justicia, bregue por brindar equidad allí donde haga falta. Y como la equidad es la justicia del caso concreto, que morigera o corrige<sup>103</sup> las sobregeneralizaciones en las que el legislador propiamente dicho pueda haber incurrido, allí es donde más necesaria será la presencia de hechos actuales o inminentes, acreditados, objeto del conocimiento del juzgador.

En suma, es en la provincia de la justicia como equidad donde, necesariamente, tendrán que gobernar las reglas más ortodoxas del control judicial, incluidas en los factores que dirimen el rol legislativo de los jueces. Esas reglas –en tanto aplicadas a los hechos– son las que, a posteriori, limitarán, naturalmente, los pretendidos efectos generales o *quasi* legislativos de la decisión que judicialmente se haya adoptado, neutralizando un hipotético rol legislador en el juez.

<sup>103</sup> “...Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo hubiera estado ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado”; conf. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea* (vers. en esp. e introd. de Antonio Gómez Robledo), 19ª ed., Porrúa, México, 2000, p. 71.