

**Voces:** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ PROCEDIMIENTO PENAL

**Título:** Los cambios de jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y la aplicación retroactiva de los nuevos criterios en materia penal

**Autor:** Garay, Alberto F.

**Publicado en:** LA LEY 1993-A, 786

**SUMARIO:** I. Introducción. -- II. El control judicial de constitucionalidad. -- III. Conclusión.

## I. Introducción

### 1. El caso

El 10 de marzo de 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió la causa "Juan C. Albornoz" (LA LEY, 1992-E, 98). Los hechos del caso eran los siguientes. El nombrado había sido detenido en un procedimiento policial. En su habitación, entre otros efectos, se secuestró 0,5 grs. de clorhidrato de cocaína. Tal hallazgo, junto con el de otros efectos sospechados, motivó la iniciación de las presentes actuaciones. La sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la absolución del imputado por el delito de tenencia de estupefacientes.

Para así resolver, según referencia la Corte (consid. 3°, párrs. 3° y 4°), la Cámara se remitió "a lo resuelto por esta Corte en las causas 'Capalbo' y 'Bazterrica' (LA LEY, 1986-D, 550; 582). Sostuvo asimismo que 'es de aplicación al caso el art. 2° del Cód. Penal, por cuanto la interpretación vigente del Tribunal Supremo de la Nación sobre la ley aplicable al tiempo de la comisión del hecho, integra el concepto de ley más benigna'".

Los ministros Levene, Fayt, Nazareno, Moliné O'Connor y Boggiano revocaron la sentencia apelada. Barra votó en disidencia, propiciando la confirmación del pronunciamiento apelado. Petracchi, Belluscio y Cavagna Martínez no firman ni el voto mayoritario ni la disidencia.

### 2. La decisión mayoritaria

La mayoría (consid. 6°), remitiéndose a lo decidido en "Montalvo" (LA LEY, 1991-C, 80), con transcripción de su consid. 12, y "en la medida en que lo resuelto por el a quo supone prescindir de la norma al agregar al tipo penal elementos extraños a él adolece de un vicio en la fundamentación normativa que torna procedente el recurso extraordinario" (cita omitida).

En el considerando siguiente se agrega:

"Que a esta solución no empece la remisión que el a quo hace a la jurisprudencia de este tribunal por aplicación del art. 2° del Cód. Penal, toda vez que la declaración de inconstitucionalidad de la ley, como la efectuada por este tribunal en los precedentes invocados por el a quo, sólo produce efecto dentro de la causa y con vinculación a la ley y a las relaciones jurídicas que la motivaron (Fallos: 247:325 --LA LEY, 102-770--), por cuya consecuencia no tiene efecto derogatorio genérico. Ello tanto más cuanto que la aplicación de la ley penal más benigna no puede alcanzarse por analogía a la variación de la jurisprudencia (conf. V. 77, XXIII, 'Villada, Juan Carlos y otro s/robo calificado', del 9/10/90 --LA LEY, 1991-B, 499--; F. 260, XXIII, 'Frias, Hugo Daniel; Vila, Héctor Oscar y Flores, Julio Luis p/ robo de automotor calificado', del 26/2/91, y sus citas, entre otros)".

### 3. El voto disidente

Sobre el mismo punto recién transcrito, dijo el ministro Barra:

"6) Que esta Corte ya tuvo oportunidad de señalar que decisiones suyas que alteran sustancialmente la inteligencia de la legislación deben equipararse a cambios en ésta a fin de asegurar que la defensa en juicio sea una realidad en la República (Fallos: 308:552 --LA LEY, 1986-C, 167--), porque de lo contrario se daría una grave violación sustancial al privilegio de igualdad ante la ley y al derecho de defensa, análoga a la que procuró evitar esta Corte cuando admitió que aprovechasen a los apelantes recursos interpuestos por terceros, a los efectos de evitar el escándalo jurídico que supondría que quienes son autores de hechos de similar naturaleza, reciban un tratamiento por completo diferente, por virtud de alternativas procesales no imputables a los interesados (Fallos: 307:2236 --LA LEY, 1986-B, 239--., conf. V. 77, XXIII, 'Villada, Juan C. y otros s/ robo calificado', del 9/10/90, voto en disidencia de los doctores Fayt, Petracchi y Barra).

7) Que sobre la base de lo expresado en el considerando anterior, no procede la tacha de arbitrariedad contra la sentencia que aplica analógicamente el art. 2° del Cód. Penal y considera que el derecho vigente más benigno al momento de cometerse el hecho por el que se sometió a proceso a Juan C. Albornoz, es el que reiteradamente aplicaba entonces esta Corte con sustento en sus precedentes 'Capalbo' y 'Bazterrica', hasta que por decisión del 11/2/90, "in re": 'Montalvo, Ernesto A. s/infracción ley 20.771', modificó su interpretación sobre el art. 6° de la referida ley".

A continuación, y ceñido a los hechos del caso y a la argumentación transcripta, intentaré analizar los puntos más álgidos sobre los cuales discurren mayoría y disidencia. Esto es, procuraré desarrollar alguno de los múltiples aspectos que ofrece el control judicial de constitucionalidad de las normas que realiza la Corte

Suprema y las consecuencias de un cambio de jurisprudencia que, a la postre, penaliza conductas que eran inmunes según la jurisprudencia abandonada, conductas que fueron ejecutadas antes de que se produzca el nuevo cambio de jurisprudencia.

## II. El control judicial de constitucionalidad

### 1. Citas técnicamente inadecuadas

La afirmación de la mayoría referida a que la declaración judicial de inconstitucionalidad de una ley, sólo produce efecto dentro de la causa y con vinculación a la ley y a las relaciones jurídicas que la motivaron, contiene la cita --supuestamente en apoyo de tal afirmación-- del precedente "Banco de Mendoza c. Dirección General Impositiva" (Fallos: 247: 325; año 1960). Parece entonces apropiado acudir a ese precedente, a fin de confrontar sus hechos relevantes con los del caso bajo análisis.

El caso "Banco de Mendoza" versaba sobre una repetición de impuestos, donde ciertos accionistas privados del Banco habían debido abonar una fuerte suma de dinero en concepto de pago del impuesto a los réditos por el período 1945/1951, en virtud de una norma nacional del año 1946. El Banco provincial había sido anteriormente eximido del pago de un impuesto similar por virtud de una sentencia de la Corte, pronunciada en 1943, en la cual se había declarado la inconstitucionalidad del tributo en tanto gravaba renta del Estado provincial. Los accionistas privados pretendían que la declaración de inconstitucionalidad referida a la inmunidad de las rentas del Estado provincial pronunciada en 1943, tenía autoridad de cosa juzgada respecto de su caso, donde se impugnaba una norma federal sancionada tres años después, en 1946, que eximía a la renta del fisco provincial-accionista pero no a la de los accionistas privados.

Dentro de este contexto, dijo entonces la Corte Suprema:

"Semejante pretensión debe desecharse de plano. Porque discutiéndose en autos el pago del impuesto correspondiente a ejercicios comprendidos entre los años 1945/1951, no es aplicable lo decidido en causas anteriores acerca del acatamiento debido a los pronunciamientos del tribunal (Fallos: 205:614 --LA LEY, 44-170-- y otros). Y porque admitir que lo resuelto en agosto de 1943 tiene valor de cosa juzgada respecto del presente juicio --en el que se discute una norma legal dictada en 1946-- sería tanto como conceder que una decisión judicial ejecutoriada --más allá de la causa en que se dictó y de la ley a la que estuvo referida-- puede impedir o invalidar, anticipadamente, normas legales futuras, lo que evidentemente significaría no sólo desconocimiento de la naturaleza de la función judicial, sino incluso ruptura o trastorno de la organización constitucional de nuestros poderes (arts. 1º, 100 y sus correlativos, Constitución Nacional). Si una anterior sentencia de inconstitucionalidad existiera, como lo aduce la actora, ella sólo produciría efecto dentro de la causa y con vinculación a la ley y a las relaciones jurídicas que la motivaron (doctrina de Fallos: 183:76 --LA LEY, 13-493-- y 139:65) y de ningún modo podría hacerse extensiva a leyes y hechos futuros ni poseer la eficacia de una prohibición impuesta al legislador. El argumento de cosa juzgada, pues, no resulta atendible y así corresponde declararlo" (1).

Luego de esta transcripción es evidente que el contexto que rodeaba al caso bajo comentario y al del Banco de Mendoza era radicalmente distinto. La cuestión a resolver en uno y otro parece ser notablemente distinta, si bien emparentada con la misma problemática(2).

En "Albornoz" --causa penal y no de repetición de impuestos--, ni la Cámara ni el imputado aparecen reclamando la autoridad de la cosa juzgada respecto de lo resuelto en "Bazterrica" y "Capalbo". Tampoco estaba en discusión el cuestionamiento de nuevas leyes, supuestamente inconstitucionales por extensión. La Cámara (y la disidencia del ministro Barra) sostuvo que, por aplicación del principio legal de la ley penal más benigna (art. 2º, primer párrafo, Cód. Penal) (3) debía (a) equipararse la jurisprudencia a la ley y (b) siendo que la jurisprudencia vigente al momento del hecho era más benigna que la imperante al momento de la decisión, debía aplicar la primera. Es decir que la cuestión a resolver en uno y otro caso era diferente en sus hechos relevantes. De allí que, sin más, no podía acudirse a esa cita.

Consecuentemente, si con la mención del caso "Banco de Mendoza" la mayoría quiso apoyar su afirmación relativa a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en un caso anterior, es evidente que eligió de modo inapropiado el precedente en el cual apoyarse o al cual remitirse, dado que éste se refiere a una situación cuyos hechos relevantes eran diferentes. En "Albornoz" no se discutía la supuesta cosa juzgada de la declaración de una inconstitucionalidad anterior. Por otro lado, si lo que quiso fue establecer una nueva pauta o principio para juzgar el caso sometido ahora a decisión, es evidente que lo hizo sin suministrar cuál es el sustento de tal postura.

En cuanto a la cita del caso "Villada", ella es doblemente perturbadora. Allí se había intentado una asimilación entre la jurisprudencia y la ley, en juego con el art. 2º, segundo párrafo, del Cód. Penal, a través del recurso de revisión que prevé el art. 551, inc. 4º del Cód. de Proced. en Materia Penal (4). La Cámara de Apelaciones había

denegado el recurso, decisión ésta contra la cual se dedujo el remedio federal. A diferencia del caso "Albornoz", que involucraba el primer párrafo del art. 2° del Cód. Penal y donde la sentencia apelada era absolutoria, en "Villada" la sentencia indirectamente cuestionada se refería a una condena pasada en autoridad de cosa juzgada.

A mi modo de ver, estas diferencias no son menores o especiosas. Diversas razones pueden ofrecerse para solucionar ambos casos de modo desigual. Pero, más allá de que el caso "Villada", como postulé en una oportunidad anterior, no exhibe mayor fundamentación(5), existe una afirmación allí formulada que, en principio, podría ser considerada en franca contradicción con la intervención de la Corte en el caso "Albornoz". Dijo la mayoría:

"9) Que desde antiguo esta Corte tiene establecido que la garantía de igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (citas omitidas) principio que es aplicable a una ley que contempla en forma distinta situaciones iguales; pero no puede alcanzarse por analogía a las variaciones de jurisprudencia, que no constituye cuestión federal alguna".

Aunque huelgue decirlo, si las variaciones de jurisprudencia no constituyen cuestión federal alguna, la Corte habría carecido de competencia para rever la sentencia absolutoria de Albornoz, en la parte referida a las consecuencias de la variación jurisprudencial. Sin embargo, debo destacar que no coincido con el razonamiento que acabo de formular. Y no coincido pues, así como lo he formulado, se trata de adoptar el mismo estilo de razonamiento "al bulto" bajo crítica. No obstante, no puede desconocerse que si se adopta ese derrotero, como a veces sucede, aquella conclusión parece inevitable.

En suma, los casos citados no guardaban analogía relevante con el que se tenía que resolver. De allí que --desde un punto de vista estrictamente técnico, referido a la particular forma de razonamiento judicial basado en casos anteriores-- sostuviera que las reglas establecidas en ellos no podían aplicarse sin más a éste. El razonamiento judicial basado en casos anteriores difiere del basado en normas generales (v. gr., leyes) en un aspecto crucial. En el primero, a diferencia del segundo, la norma suele ser creada de forma particular, ceñida a las circunstancias de hecho de cada caso. Su justificación también está vinculada a esas circunstancias. Como no existen dos casos estrictamente iguales, para aplicar la regla o norma particular establecida en uno anterior, el tribunal llamado a resolver un nuevo conflicto debe definir previamente (a) cuál es la norma o regla establecida en el precedente y (b) si las circunstancias de uno y otro son semejantes en sus aspectos relevantes, de modo de aplicar o no la regla preestablecida y su justificación. Si no se repara como mínimo en estos detalles, se corre el riesgo de aplicar una regla o norma y su justificación anexa que no se ajustan a los hechos para los cuales fue establecida. A mi modo de ver, esto ocurrió en el presente caso.

Seguramente, parte de la explicación de este proceder --a mi entender técnicamente inadecuado-- puede ser la brindada por Genaro R. Carrió:

"Entre nosotros, empero, no se ha desarrollado una buena técnica para fundar correctamente un fallo en otros. No hemos sido ni estamos adiestrados en el manejo de la jurisprudencia como fuente de decisiones. Somos diestros, en cambio, en el manejo de la ley. En lugar de analizar los hechos de casos anteriores para verificar con la mayor precisión posible qué fue lo que realmente se decidió, preferimos deducir de párrafos sueltos, muchas veces tomados fuera de contexto, la solución del problema o del caso que tenemos a examen (6).

Casi siempre la solución es extraída directamente de la ley, y la llamada 'doctrina' de fallos supuestamente concordantes mencionada nada más que para robustecer la fuerza de convicción de aquella inferencia independiente (7).

Claro está que ése no es un defecto imputable a nuestros jueces y juristas. Es imputable a las creencias que se encuentran a la base de nuestro sistema jurídico, el sistema propio de la Europa continental. Esas creencias asignan una importancia excesiva al papel del legislador y, paralelamente, oscurecen el de los jueces (8). Estos pagan tributo a tales creencias y no conciben otro modo de participar efectivamente en la dinámica jurídica que mediante la enunciación de normas generales... Hay una especie de atracción hacia lo abstracto, un deseo de superar el marco de los hechos del caso, utilizándolos como trampolín para saltar a construcciones de vasto alcance ... De allí también que cuando nos toca manejar normas que han nacido del contacto con los hechos, nos apresuramos a cortar el cordón umbilical que las liga con éstos, para quedarnos con la norma como sustrato de sentido independiente y autónomo ... Como dijimos más arriba, estos peligros son particularmente graves cuando la sentencia que sirve de supuesta base para las nuevas deducciones emana de un tribunal que, como la Corte Suprema argentina, está en la cúspide de la estructura jurisdiccional y es intérprete último y custodio de la Constitución Nacional. Hay un correctivo para ello: observar celosamente una norma de cautela en la enunciación de los fundamentos de los fallos del alto tribunal. Toda línea de interpretación constitucional, lejos de asumir la forma de un despliegue analítico de algún ukase emitido por la Corte, debe dar la impresión de algo a lo que se ha arribado por grados paulatinos, sobre la base de acumular experiencia y aquilatar los resultados de

decisiones anteriores" (9).

Debo destacar que la Corte pudo haber citado esos casos y muchísimos otros donde se sostuvo que, con fundamento en la división de poderes, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son inter partes, y no erga omnes, para extraer de aquéllos un principio o una doctrina que abarcara el particular supuesto bajo examen. Sin embargo, aun en tal hipótesis, debería justificarse por qué se abraza dentro de esa doctrina o principio a este caso. Ello así en tanto dicha justificación no es auto-evidente, como mínimo, en el caso sometido a decisión.

## 2. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad

La crítica precedente debe ser tomada dentro del contexto en que se formula. De hecho, como quedó dicho, lo afirmado por la mayoría en cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y en tanto principio o teoría sobre la división de poderes, es --en principio-- descriptivamente adecuada. Ni en el sistema de control judicial de constitucionalidad argentino ni en el norteamericano --que es el que la Constitución Nacional ha seguido-- la declaración de inconstitucionalidad de una norma produce la derogación de ella (10). Su efecto es inter partes.

Sin embargo, postular dicha teoría o principio ad hominem, sin ningún tipo de precisiones, es descriptivamente incorrecto o, si se prefiere, incompleto. Ya decía O. W. Holmes que las proposiciones generales no resuelven casos concretos (11).

Como primera aproximación y a grandes rasgos, debemos recordar que existen dos grandes variantes acerca de los efectos del control de constitucionalidad representadas por el sistema norteamericano y el europeo. En este último, el control suele tener efectos erga omnes. En caso de declararse la inconstitucionalidad de una ley, dicha declaración afecta la validez y la vigencia de la norma en todos los casos. No está ceñida a las partes del litigio (12). En el sistema norteamericano, si bien, en principio, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es inter partes, por virtud del stare decisis, todos los casos cuyas circunstancias relevantes sean similares o análogas, deben ser resueltos de la misma manera, tanto por los tribunales inferiores cuanto por la Corte Suprema (13).

Luego de esta breve y somera referencia debemos determinar a qué sistema sigue la práctica argentina. Creo que es indiscutible que no sigue al europeo. Pero es innegable que tampoco ha adherido de modo continuado, expresa y fielmente al norteamericano, en punto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad más la doctrina del stare decisis. El nuestro parece consistir en una variante vernácula, errática y muy débil --particularmente en los casos importantes--, del último. Volvamos al caso bajo examen.

Uno de los aspectos centrales a analizar en "Albornoz" versaba sobre los alcances atribuibles a las sentencias de la Corte en las causas "Capalbo", "Bazterrica" y muchas otras, donde había declarado la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771 (Adla, XXXIV-D, 3312), en tanto penalizaba la tenencia de drogas para consumo personal. Si se consideraba, como finalmente hizo la disidencia del ministro Barra y la sala VI de la Cámara, que el derecho judicial vigente (ley, en sentido amplio) al momento de cometerse el hecho --bajo circunstancias análogas-- establecía que el art. 6° de la ley 20.771 era inconstitucional, la absolución de Albornoz era inexorable. La conducta que se le reprochaba había sido ejecutada durante la vigencia de esa línea jurisprudencial.

Si nuestro sistema está basado en el norteamericano, la solución propiciada por el ministro Barra es la que más se ajusta a esa concepción del control de constitucionalidad. En un caso análogo, la Corte Suprema norteamericana sostuvo:

"La cláusula que prohíbe las leyes ex post facto es una limitación que pesa sobre los poderes de la Legislatura, ver 'Calder vs. Bull', 3 Dall. 386 (1798), y no se aplica por su propia fuerza a la rama judicial del gobierno. 'Frank vs. Magnum', 237 U.S. 309, 344 (1915). Pero el principio sobre el cual se basa esa cláusula --la noción acerca de que las personas tienen derecho a recibir una advertencia suficiente (fair warning) sobre aquellas conductas que darán nacimiento a penas criminales-- es fundamental en nuestra concepción de la libertad constitucional. Ver 'United States vs. Harriss', 347 U.S. 612, 617 (1954); 'Lanzetta vs. New Jersey', 306 U.S. 451, 453 (1939). Como tal, ese derecho es protegido frente a conductas judiciales por la cláusula del debido proceso de la Enmienda Quinta. En 'Bouie vs. City of Columbia', 378 U.S. 347 (1964), caso que involucraba similar cláusula contenida en la Enmienda Catorce, la Corte revocó las condenas ... con base en que ellas se apoyaban sobre una interpretación inesperada de las leyes aplicadas por la Corte Suprema estadual:

Una inesperada interpretación amplia de una ley penal, aplicada retroactivamente, opera precisamente como una ley ex post facto, tal como prohíbe el art. I, § 10 ... Si la cláusula de las leyes ex post facto prohíbe a una legislatura estadual sancionar tales leyes, debe seguirse que una Corte Suprema estadual, por virtud de la cláusula del debido proceso, está impedida de alcanzar precisamente el mismo resultado a través de una

interpretación judicial" (14).

Pero la mayoría no adhirió al voto del ministro Barra sino que prefirió apelar a otra argumentación. Como se dijo más arriba --y prescindiendo de la ausencia de semejanzas con los casos que cita--, sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad sólo produce efectos entre las partes y con relación a la ley y a las relaciones jurídicas que la motivaron. Sostuvo también que la declaración de inconstitucionalidad de una ley no tiene por efecto su derogación y que las variaciones jurisprudenciales no afectan la cláusula de la igualdad ante la ley. Por hipótesis imaginemos que la mayoría tiene en mira la división de poderes. Supongamos que ella estaría implicando que adoptar la visión defendida por Barra, presupondría que la declaración de inconstitucionalidad produce, de hecho, cierto efecto derogatorio de la ley. Y agreguemos, dentro de idéntica tesitura, que la división de poderes no toleraría tal efecto semi-derogatorio.

Una primer observación a lo dicho es que, así circunscripto, nuestro sistema de control de constitucionalidad, como sostuve más arriba, ni es el norteamericano ni es el europeo. Se trataría de uno "original", sería algo así como una versión criolla donde la declaración de inconstitucionalidad no trasciende el caso en el que se produce. Sólo afectaría a las partes del litigio y nada más. Y esto, desde un punto de vista institucional y social, no parece ser muy grave, desde que tal declaración quedaría circunscripta a ese caso. Tampoco debería importar, obviamente, si han existido una o decenas de casos donde tal declaración se ha efectuado ("Bazterrica" y su progenie).

¿Cree el lector que ésta es una fiel representación de nuestro sistema? Y si la respuesta fuera afirmativa, ¿cree que tendría sentido decir, como se dice desde antiguo, que la declaración de inconstitucionalidad es la ultima ratio del orden jurídico, o que es un acto de suma gravedad institucional, o expresiones equivalentes? (15).

Sinceramente, creo que deben ser muy pocos --si los hay-- quienes adhieran a una teoría tan restringida. Creo que ni los jueces que firman el voto mayoritario sostienen seriamente una teoría tan estrecha y solitaria.

Sostengo que si la declaración de inconstitucionalidad es la ultima ratio del orden jurídico es no sólo porque, en el caso, no se aplica una norma general sancionada por los representantes del pueblo sino también y, precisamente, porque dicha declaración, en principio, se proyectará a todos los casos similares que en el futuro deba resolver el tribunal. No debe olvidarse que tal prevención (v gr., ultima ratio) fue tomada de la jurisprudencia norteamericana, donde, como se dijo, rige la doctrina del stare decisis (16).

Sostuve más arriba que creía que los firmantes del voto mayoritario no participaban de una teoría tan estrecha como la enunciada. Sólo me falta proporcionar argumentos que avalen esa creencia.

Para lograr este cometido me sumergí en la búsqueda de sentencias de la Corte actual donde se hubiera declarado la inconstitucionalidad de alguna ley. Sólo encontré un caso, donde por remisión a otro resuelto por la Corte en su integración anterior, sumariamente y sin añadir argumento o salvedad alguna, se procedía en tal sentido (17). Obviamente, si bien era un indicio, esto no era suficiente para argumentar que la mayoría no piensa como en este caso parecería que piensa.

Consecuentemente acudí a otros casos que --en tanto ejercicio del control de constitucionalidad-- constituyen la contracara de la declaración de inconstitucionalidad. A saber, casos donde se declara, legítima o convalida constitucionalmente una ley o algún decreto. Esta función legitimante es, a no dudarlo, tan importante como la invalidante (18). Y aquí confirmé mi creencia.

Las expresiones de la mayoría actual de la Corte son concluyentes. En autos "Gaggiomo", por ejemplo, el alto tribunal debió pronunciarse en un caso en que por ley provincial del año 1984 se había derogado una ley anterior del gobierno militar (de 1983). Además, consideraba caducos todos los derechos nacidos de esta última. La ley derogada se trataba de una de las llamadas "jubilaciones de privilegio" y H. J. C. Gaggiomo era uno de sus beneficiarios. La Corte Suprema, por mayoría de 5 a 3, revocó la sentencia del superior tribunal santafesino que había convalidado la constitucionalidad de la ley de 1984. En el considerando 12, refiriéndose a lo expresado por el tribunal provincial en cuanto a esa ley de facto y a la validez constitucional de la ley posterior que declaraba la caducidad de los derechos emanados de la primera, sostuvo:

"Que, a título confirmatorio, interesa poner de relieve que el mantenimiento de la doctrina del a quo privaría de real consistencia jurídica y convertiría en revocables en cualquier momento --por acto absolutamente discrecional e inmodificable del Estado de jure-- a los centenares y centenares de miles de jubilaciones durante los dilatados períodos de facto --14 de los últimos 25 años-- que los argentinos han conocido; y ello sin que los perjudicados pudieran invocar derecho subjetivo alguno ni tutela constitucional. Sería éste uno de los resultados 'disvaliosos' que los jueces, en tanto les sea posible, deben rechazar con energía (caso 'Saguir y Dib', Fallos: 302:1284 --LA LEY, 1981-A, 401-- y los muchos que en él se inspiran). A este respecto es ilustrativa y orientadora la clásica frase que Oliver Wendell Holmes escribió hace muchísimo tiempo: 'es un deber de los jueces ponderar las consecuencias sociales de su decisión' ('The path of the law', Harvard Law Review, vol. 10,

p. 467)" (19).

El párrafo transcripto es elocuente. Al adherir a lo expuesto por Holmes, la mayoría de la Corte no ignora, presumo, que Holmes escribe desde su visión del Derecho, esto es, desde el sistema norteamericano, *stare decisis* mediante. Pues, en principio, sólo puede hablarse de "consecuencias sociales" de "una" decisión judicial, cuando la decisión de un tribunal tiene efecto vinculante respecto de los demás casos similares que deberá resolver ese tribunal y los inferiores. Por último, la afirmación relativa a la ausencia de consistencia jurídica de centenares de miles de jubilaciones (más allá de su exageración) produce un doble efecto confirmatorio. Por un lado, tal aserto sólo sería concebible en materia de control de constitucionalidad, si se entiende que este control (sea, a la postre, convalidatorio o desestimatorio de la norma) trasciende el caso sometido a decisión y sirve de precedente para los análogos subsiguientes. Por el otro, aquella afirmación permite inferir, a contrario sensu, que para esa mayoría de la Corte, la desestimación de la doctrina mantenida por el tribunal provincial, otorgaría real consistencia jurídica a los centenares de miles de jubilaciones aludidas.

Finalmente, ecos similares resuenan en el famoso caso "Peralta" (LA LEY, 1991-C, 158), donde se cuestionó el decreto del Poder Ejecutivo nacional 36/90 (Adla, L-A, 58). Allí, en el considerando 59, se dijo:

"Que de lo expuesto surge la validez de los poderes puestos en juego por el legislador (sic) y la razonabilidad del modo como los ha ejercido. El mérito, oportunidad o conveniencia de su decisión no es tema que incumba decidir al Poder Judicial. No escapa empero a esta Corte la lamentable situación en que puedan hallarse muchos de los afectados" (20).

El párrafo en bastardilla pone de relieve que al resolver el caso "Peralta", la mayoría de la Corte tiene en miras un efecto, más allá de las partes involucradas, de su pronunciamiento convalidatorio sobre las situaciones jurídicas análogas que involucren la interpretación de ese decreto. De lo contrario, tal expresión carecería de sentido.

A la luz de lo expresado por la mayoría en estos precedentes, espero haber demostrado que mi creencia acerca de la idea que del control de constitucionalidad tienen esos integrantes del alto tribunal, es acertada. En importantes precedentes, a través de locuciones dicta, han dejado traslucir su pensamiento acerca de los efectos del control de constitucionalidad, en el sentido que éste trasciende el caso sometido a decisión (21).

A esta altura, sin embargo, queda por responder un interrogante. Si la mayoría, en otros casos, ha dado por sentado que los efectos de una sentencia donde la Corte ejerce el control de constitucionalidad, vincula la decisión de otros casos similares, por qué en el caso "Albornoz" ha defendido la tesis contraria.

Como la Corte no se ha manifestado expresamente sobre el punto, estamos obligados a evaluar, especulativamente, qué valores podrían soportar tal aparente contradicción. Una respuesta inicial podría intentar distinguir cualitativamente los casos donde la Corte convalida constitucionalmente una norma y aquéllos donde la desestima. Sin embargo, no he podido hallar algún fundamento constitucional y valorativo serio que tolere tal distinción. A mi modo de ver, desde un punto de vista teórico y práctico, tan trascendente es una actividad como la otra. Si no hay violación a la división de poderes en un caso, no la existe en el otro.

A la luz de lo expuesto, la teoría que con pretensión descriptiva defendiera sin cortapisas que las sentencias de un tribunal que ejerce control de constitucionalidad, sólo surten efectos "inter partes" y no vincula las posteriores decisiones del mismo tribunal y la de los inferiores, en casos análogos, es pasible de una de las críticas más severas que se pueden formular contra una teoría. A saber: no actúa sobre la realidad. Los casos a que he hecho referencia ponen de manifiesto que la Corte Suprema actual juzga que sus decisiones constitucionales trascienden el caso en que se pronuncian.

Una de las enseñanzas que pueden deducirse de lo expuesto es que las expresiones de cualquier tribunal jamás deben ser sacadas de contexto. La Corte, muchas veces ha dicho que la declaración de inconstitucionalidad no tiene efecto derogatorio genérico de una ley. Ello debe ser aprehendido dentro del contexto en que se pronuncia. Obviamente, en el orden federal, una ley sólo puede ser derogada por otra. Pero ello no excluye que, dentro del Poder Judicial y ante casos análogos, el tribunal llamado a decidir deba hacerlo del mismo modo que en el caso anterior. No por efecto de la cosa juzgada, sino por efecto de la obligatoriedad de los precedentes. Para los tribunales o, como mínimo, para la Corte Suprema (incluyendo a la actual), la doctrina que emana de sus precedentes es el derecho vigente.

### 3. Conexión entre los cambios de jurisprudencia y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad

En el acápite anterior, intenté demostrar que, con carácter general, la declaración de inconstitucionalidad (o de constitucionalidad) trasciende el caso concreto, como consecuencia de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes. La ley no es derogada. Pero, dentro de la órbita de otro de los órganos de Gobierno que establece la Constitución, el Poder Judicial, o, como mínimo, en su cúspide, y en tanto los casos subsiguientes sean similares al *leading case*, ellos serán resueltos del mismo modo que aquél. El ejemplo que más se ajusta a este aspecto de

la cuestión (y hay decenas más) es el que brindan todos los casos análogos y posteriores a "Bazterrica", que fueron decididos en el mismo sentido que éste.

Pero el caso "Albornoz" plantea un conflicto diferente, sin bien íntimamente relacionado. Para abordarlo no podemos eludir el hecho que algunos acontecimientos trascendentes ocurrieron entre 1986 y 1992.

Como se recordará, en 1990 se amplió el número de integrantes de la Corte Suprema de cinco a nueve miembros. Como consecuencia de ello, a lo que se añadió la existencia de dos vacantes, el gobierno del Presidente Menem tuvo la oportunidad de llenar seis cargos. Varios precedentes importantes resueltos por la Corte en su anterior integración fueron abandonados por la nueva mayoría. Entre éstos figura "Bazterrica", cuya doctrina fue dejada de lado hacia fines de 1990, en la causa "Montalvo". La línea jurisprudencial que marcan "Bazterrica" y su progenie y "Montalvo" y su progenie, sirve para ejemplificar la mayor o menor fuerza de la teoría de la obligatoriedad del precedente, dentro de nuestro sistema, ante un cambio abrupto en la integración del cuerpo.

El caso "Albornoz" planteaba entonces una situación conexas pero distinta. En el momento en que fue arrestado por tenencia de estupefacientes (para consumo personal), dicha conducta no era punible dentro de la órbita del Poder Judicial. La Corte en muchos casos desde 1986 había juzgado que esa acción estaba amparada por el art. 19 de la Ley Fundamental.

Pero al momento de dictar sentencia, la Corte, en su nueva integración, había cambiado la jurisprudencia. Por lo tanto, y dentro de este contexto, la cuestión a resolver en este caso versaba sobre la obligatoriedad de los precedentes establecidos por la misma Corte, pero distinta integración, respecto de una conducta amparada por aquéllos y desarrollada cuando esos principios estaban vigentes. A ello corresponde agregar que dichos precedentes habían sido abandonados con posterioridad al hecho que motivó el proceso.

La Cámara de Apelaciones y la disidencia del ministro Barra consideraron que el derecho constitucional vigente al momento del hecho inmunizaba la conducta reprochada (22).

Con ello, evidentemente, jerarquizaban la fuerza vinculante de los precedentes. De hecho, hacían prevalecer la doctrina del precedente por sobre el texto contrario de la disposición legislativa. Al margen de la fundamentación que ambos otorgan a su postura, no puede olvidarse que lo establecido en esos casos, en definitiva, se basaba en la interpretación de una norma de rango superior a la ley, v. gr., el art. 19 de la Constitución Nacional (según como la interpretaba la Corte Suprema al momento de hecho). Este era el derecho judicial vigente a ese entonces. Su aplicación, especialmente en materia penal y considerando que se trataba de la inmunidad del encartado, bien podría haberse reforzado con apoyo en el principio que subyace al art. 18 de la Constitución Nacional. No parece razonable que, a través de una sentencia, se logre el propósito que la Ley Fundamental expresamente ha vedado. Si para castigar penalmente a alguien es necesario que la conducta esté tipificada en una norma y si, además, dicha norma debe ser anterior a la ejecución de la acción, parece ser un corolario válido de tal mandato que nadie pueda ser penado, sin juicio previo, fundado en una interpretación judicial de la ley, anterior al hecho del proceso. Y esta interpretación, en el caso, eximía de reproche penal al inculpado. A ello podría agregarse que el derecho de defensa del inculpado se veía gravemente comprometido. Pues, en definitiva, él poseía estupefacientes para consumo personal amparado por la jurisprudencia vigente a ese momento.

Si con posterioridad, esa interpretación es abandonada y se adopta otra que convalida constitucionalmente ese precepto y --más allá de que se comparta o no la fundamentación de tal cambio-- no debería reconocérsele efecto retroactivo. Pues es evidente que se estaría convalidando en favor del Poder Judicial una conducta que le está vedada expresamente al Poder Legislativo. Y no se advierten razones de peso suficiente como para admitir tal posibilidad en favor del primero.

#### a. Una objeción y su refutación

Esta argumentación podría ser merecedora del siguiente reproche. A través de una falacia se estaría colocando a la jurisprudencia por sobre la ley. Puesto que el efecto que se logra es, precisamente, el de conferirle al precedente la cualidad derogatoria de la ley que siempre se le ha negado.

A ello cuadra la siguiente refutación.

Reiterando lo ya expresado más arriba, la obligatoriedad de los precedentes, siempre ha sido tenida en cuenta, con mayor o menor intensidad, por el alto tribunal. Esa obligatoriedad produce el seguimiento de los principios establecidos en un caso anterior. Si en él se declaró la inconstitucionalidad de una norma, en los casos análogos se reiterará tal consecuencia y se prescindirá de su aplicación en el caso concreto.

El uso del vocablo "derogatorio" es notablemente persuasivo. En nuestras creencias jurídicas se rechaza la idea que la fuerza de un precedente "derogue" una ley (como también se la rechaza en el sistema norteamericano). Pero quienes adherimos a la obligatoriedad de los precedentes no creemos que su efecto sea la "derogación" de la

norma legal. Ese término debe ser confinado a la órbita legislativa, pues allí es donde opera con significado. Predicar que un precedente "deroga" una ley involucra un empleo desatinado del lenguaje. Ese mal uso constituye un sin sentido jurídico. Para clarificarlo con un ejemplo de Genaro R. Carrió, afirmar tal efecto derogatorio es tan absurdo como afirmar que un grupo armado tiene "competencia" para efectuar un golpe de Estado (23).

Cuando se declara la inconstitucionalidad de una norma ella no es "derogada" por esa declaración, del mismo modo que ella tampoco es "promulgada" o "sancionada" por efecto de una sentencia que la convalida o legitima constitucionalmente. Esta última observación pone de relieve el uso persuasivo al que aludí más arriba. Jamás se ha sostenido que la sentencia que convalida constitucionalmente una ley la "sancione" o la "promulgue" o tenga ese efecto. Creo que es un sentimiento compartido el que tal idea sería un disparate. Sin embargo, para ser congruentes y si se coincide en que la invalidación y la convalidación constitucionales son dos caras de un mismo fenómeno, v. gr., el control de constitucionalidad, tales expresiones deberían ser vistas como adecuadas.

### III. Conclusión

Debo destacar que he intentado denodadamente encontrarle un justificativo razonable a la posición de la mayoría, a la luz de las declaraciones, derechos y garantías consagradas en la Constitución. No pude hallarlo. Igual imposibilidad encontré, como quedó dicho, considerando el principio de la división de poderes. Creo haber demostrado, por otra parte, que la fundamentación ofrecida por los cinco jueces referidos no era la adecuada para resolver este caso.

La declaración judicial de inconstitucionalidad de una norma, reitero, no produce ni su derogación ni su desaparición del Boletín Oficial. Pero, del mismo modo, el cambio de jurisprudencia tampoco borra la jurisprudencia anterior ni la obligatoriedad de ella, como mínimo, respecto del mismo tribunal.

Atenta contra la seguridad jurídica y contra el principio de tratar los casos iguales del mismo modo, el que un tribunal prescindiera de la fuerza vinculante de sus propios precedentes, al punto de cambiar la jurisprudencia y aplicar los nuevos principios retroactivamente, en materia penal, como si nada hubiera pasado en los cuatro años anteriores y como si, además, la Constitución Nacional careciera de cláusulas que pueden ser válidamente interpretadas como obstáculo a tal aplicación.

Durante dicho lapso el mensaje que sobre este tema la Corte Suprema transmitía a la sociedad fue suficientemente claro. No iba a convalidar el castigo de conductas como la analizada, puesto que consideraba que dicho castigo era inconstitucional. Parece más que razonable que, al amparo de dichos principios, los habitantes se hayan sentido protegidos por tales declaraciones. Es más. Si un cliente venía a su estudio jurídico en 1990, y le preguntaba cuál era la consecuencia jurídica de tener droga, en escasas cantidades, para consumo personal, ¿Ud., le habría dicho que si era aprehendido iba a ser condenado? Creo que la respuesta de muchos, más allá de sus reparos morales (o no), habría sido negativa. Le habiéramos informado que en tanto su conducta no trascendiera de su intimidad, la Corte consideraba que era inmune a la autoridad represiva del Gobierno. Con igual perspectiva enfocáramos hoy el problema de cualquier cliente perjudicado por el llamado Plan Bónex (caso "Peralta"). La Corte, en su actual integración, ha convalidado constitucionalmente el decreto del Poder Ejecutivo. Esta es la realidad. Nos guste o no. No tendría ningún sentido alentar a un cliente a iniciar la vía judicial, sin advertirle que es muy probable que si los integrantes de la Corte siguen siendo los mismos, su reclamo no prosperará por más incorrectamente fundada que consideremos esa decisión (24). El resto, son meras formulaciones abstractas.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) Sobre la distinción entre los efectos de la cosa juzgada y el *stare decisis* ver BATOR, Paul M., MELTZER, Daniel J., MISHKIN, Paul J., SHAPIRO, David L., "Hart and Wechsler's the federal courts and the federal system", p. 1598, nota 2, Foundation Press, 3rd. ed. 1988, FIELD, Oliver P., "The effect of an unconstitutional statute", p. 158, The University of Minnesota Press, 1935; CUETO RUA, Julio C., "El Common Law. Su estructura normativa-Su enseñanza", LA LEY, 84-765; 816; 910 y 85-800 y 881.

(2) Ver, GARAY, Alberto F., "La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes (aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión y su relación con el caso 'Montalvo')", JA, 1991-II-870 y 'Efectos ex nunc' de un cambio de jurisprudencia: el caso "María Esther Tellez c. Bagala S. A.", ED, 146-967. (Ver LA LEY, 1986-C, 166).

(3) Dice el art. 2º del Cód. Penal: "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho".

(4) Dice dicho artículo: "Habrá lugar al recurso de revisión contra las sentencias pasadas en autoridad de cosas juzgadas, aunque haya sido pronunciada por la Suprema Corte de Justicia, en los casos siguientes: ... Cuando una

ley posterior haya declarado que no es punible el acto que antes se consideraba como tal o haya disminuido su penalidad".

(5) Ver GARAY, Alberto F., "Efectos 'ex nunc' de un cambio de jurisprudencia: El caso "María Esther Tellez c. Bagala S. A.", ED, 146-967, 982, nota 54.

(6) (Nota 25 del texto transcripto) Tal actitud significa echar en olvido que, como señala Cardozo en "The nature of the judicial process" "los casos no despliegan el principio que los inspira con facilidad. Ellos dejan ver su médula lenta y penosamente. El ejemplo no puede servir de base a una generalización hasta que no lo conocemos tal cual es. Esa no es tarea sencilla. Porque el tema de la decisión se da muchas veces enmarañado con dicta, que deben ser arrancadas y dejadas a un lado" (la bastardilla es nuestra).

(7) (Nota 26 del texto transcripto) En el trabajo citado en la nota 22 de este capítulo dice Eugen Ehrlich: "Es menester de la ciencia jurídica enseñar el derecho tal como funciona. Quienquiera que conozca únicamente 'la intención del legislador' está todavía muy lejos de conocer el derecho realmente vigente. En este sentido la concepción dogmática tradicional, debe ser contrapuesta a una concepción dinámica. Para esta última el problema no consiste simplemente en saber qué significa una regla, sino cómo vive y opera, cómo se adapta a las diferentes relaciones de la vida, cómo se busca eludir, y cómo ella consigue impedir que tal cosa ocurra. Aquí debemos mirar ante todo las decisiones de los tribunales. Principalmente de las mismas podemos aprender el *ius quod est*, solamente de ellas podemos inferir qué reglas de decisión han ingresado efectivamente en la vida cotidiana, y cómo han llegado a hacerlo. Pero no es suficiente citar fallos en un texto, o en notas, y aprobarlos o reprobarlos según se los considere correctos o incorrectos (§ 22, ps. 77-78) (la bastardilla es nuestra).

(8) (Nota 27 del texto transcripto). "Nos ocupamos de este tema en el artículo titulado 'Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho', que publicamos en 'Lecciones y Ensayos', año 1957, N° 6, ps. 27-37". En nuestro medio cultural, es mérito de Cossio y de sus discípulos haber puesto en claro las limitaciones inherentes al enfoque del derecho propio de la actitud dogmática, y haber tratado de fundamentar una nueva ciencia jurídica: "El origen de las creencias que están a la base de la dogmática está claramente expuesto por Puig Brutau (op. cit., ps. 130 y sigs.). Dice este autor: "La jurisprudencia, en el sentido de ciencia jurídica romana, no coincide con la *Rechtswissenschaft* de los alemanes. Hace notar Schulz que los juristas romanos no sentían la menor inclinación por la teoría abstracta y sus responsa obedecían, como ya hemos dicho, al método que resume el aforismo *solvitur ambulando*. En cambio, advierte el mismo autor, la moderna ciencia del derecho en Europa tuvo su origen en Bolonia y no puede desmentir o negar su progenie. Así como para un jurista romano clásico la interpretación del escaso material legislativo constituía una tarea secundaria, los profesores de Bolonia fundaban todo su método y su entera ciencia en la interpretación de los textos justinianeos. Por ello, toda la doctrina jurídica del derecho continental europeo muestra la tendencia a fundar la ciencia del derecho en la interpretación de un texto legislativo" (ps. 132-133). Y poco más abajo señala, en consonancia con esto, que "... el método propio del jurista romano clásico no es, precisamente, el de los derechos romanizados de Europa, sino el que caracteriza el *case law* o derecho del caso anglosajón".

(9) Párrafos extraídos de CARRIO, Genaro R., "Recurso de amparo y técnica judicial", ps. 174-178, Ed. Abeledo-Perrot, 2ª ed. aumentada, 1987.

(10) En cuanto al sistema argentino ver, entre muchos otros, BIDART CAMPOS, Germán J., "El derecho constitucional del poder", t. II, p. 318, Ed. Ediar, 1967; SAGÜES, Néstor P., "Recurso extraordinario", t. 1, ps. 182, § 78 y sus citas, Ed. Astrea, 1992; BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales", p. 232, Ed. Abaco, 1992. En cuanto al sistema norteamericano, dice Gerald Gunther: "Bajo la teoría clásica establecida en "Marbury", un tribunal confrontado con una ley inconstitucional simplemente se niega a ejecutar dicha ley en el caso sometido a consideración. En los países de tradición romanista (civil law countries), por el contrario, un tribunal que ejerce control de constitucionalidad dicta una sentencia de invalidez general de la norma, que obliga en todos los casos y no solamente en el que tiene a decisión. Pero aquí también, el derecho civil y el norteamericano se hallan más cerca en la práctica que en la teoría. Decir, como dijo una vez un tribunal norteamericano, que una decisión sobre la constitucionalidad de una norma "afecta sólo a las partes, y que no hay sentencia en contra de la ley", "Shephard vs. Wheeling", 4 S. E. 635 (West Virginia, 1887) no refleja la historia completa del asunto. Por ejemplo, el alcance práctico de una decisión judicial más allá de las partes del litigio es de algún modo asegurado por la ordinaria adhesión judicial al *stare decisis*.

Pero decir que una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma afecta más allá de las partes del litigio no es decir que sería lo mismo que si se borrara a la norma de los libros. Afirmar un impacto tan amplio de una sentencia es tan impreciso como sostener uno demasiado estrecho (Constitutional law, p. 28, 12 th. ed., 1991, Foundation Press). Ver también TRIBE, Laurence H., American constitutional law, 2nd. ed., 1988, ps. 27-29). "Hart and Wechsler's", op. cit., supra nota 1, ps. 69 y 79 y siguientes.

Para una comparación entre el sistema norteamericano y las variantes europeas, ver CAPELLETTI, Mauro, COHEN, William, "Comparative constitutional law, cases and materials", p. 96, The Michie Company, 1979.

(11) "Louchner vs. New York", 198 U. S. 45, 74 (1905).

(12) Ver SAGÜES, Néstor P., op. cit., supra nota 10, p. 93.

(13) Ver GUNTHER, op. cit., supra nota 10. En Estados Unidos no se discute que la doctrina del stare decisis rija, en términos generales, en materia constitucional. Sin embargo sí se discute la extensión de ella. Más precisamente, y sobre todo en nuestros días, suele cuestionarse el mayor o menor grado de flexibilidad de la obligatoriedad del precedente y la posibilidad de abandonar la jurisprudencia vigente por otra nueva.

(14) "Marks et. al vs. United States", 430 U. S. 191-192 (1976). La sentencia, de la Corte, redactada por el juez Powell, en el punto transcrito mereció voto unánime de todos sus integrantes, incluidos los miembros más conspicuos del ala conservadora, como Burger, Rhenquist y White. El caso versaba sobre el procesamiento de los involucrados por transportar materiales obscenos. Si la cuestión era juzgada según el test que la Corte había elaborado en "Memoirs" (383 U. S. 413, año 1966) los procesados debían ser absueltos. Pero el tribunal inferior aplicó un test más exigente que aquél, elaborado por la Corte con posterioridad al hecho, en "Miller" (413 U. S. 15, año 1973). Por aplicación de dicho test, habían sido condenados. Ver también "Cox vs. Louisiana", 379 U. S. 559, 568-575 (1969); "James vs. U. S.", 213, 221-222, citados por FALLON, Richard H., Jr. y MELTZER, Daniel J., "New law, non-retroactivity and constitutional remedies", 104 Harvard Law Review 1733, 1745, nota 65 (1991).

(15) Ver, entre muchos otros, Fallos: 307:1656, 1660 (1985), "D. N. R. P. vs. La Cantábrica S. A."; Fallos: 288:325, 333 (1974), "Alberto Bonfante c. Junta Nacional de Carnes"; Fallos: 200:180, 187 (1944), "Provincia de Buenos Aires c. Elvira C. de Lacour", con cita del caso norteamericano registrado en 285 U. S. 22.

(16) Ver la opinión concurrente --y sus citas-- del juez Brandeis en "Ashwander vs. TVA", 297 U. S. 288, 346 (1936).

(17) Ver "Aranda Camacho, Carlos c. Dirección Nacional de Vialidad s/ expropiación irregular", del 7 de abril de 1992, donde se remite a la causa "Bianchi, Héctor A. y otro c. Dirección Provincial de Vialidad", del 12 de diciembre de 1985. La búsqueda realizada abarca el período abril 1990/ junio 1992.

(18) Ver CARRIO, Genaro R., "Nota sobre el caso de los números vivos", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, t. III-1961, ps. 49, 74-75. BICKEL, Alexander M., ("The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics", p. 29, Yale University Press, 2nd. ed. 1986) citando a BLACK, Charles Jr. L., ("The people and the court", ps. 34 y sigts., McMillan, 1960), a quien también se remite Carrió, sostiene: "El control de constitucionalidad (judicial review) no sólo significa que la Corte puede derribar una disposición legislativa por ser inconstitucional sino también que ella puede convalidarla con sustento en que representa el ejercicio de poderes conferidos por la Constitución y que no viola limitaciones constitucionales. Black, seguidamente, agrega que la función legitimante no podría desarrollarse si no existiera también la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma ... La realidad es que la función legitimante es un subproducto inescapable de la función de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, aun cuando no se lo haya querido".

(19) Gaggiamo, Héctor J. C. c. Provincia de Santa Fe", sentencia del 19 de noviembre de 1991.

(20) "Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía (BCRA)", del 27 de diciembre de 1990, ED, 141-519, 544 (LA LEY, 1991-C, 158). En la nota a fallo de Bidart Campos, este autor también da por sentado el efecto vinculante de esta decisión. Sostiene: "Comprendemos que era duro, muy duro, para el más alto tribunal judicial, desmoronar una política económica de proyecciones generales que afectó a muchísima gente con el decreto 36/90" (BIDART CAMPOS, Germán J., "El fallo de la Corte sobre el plan bónex (el amparo: airoso; la propiedad: desprotegida; la constitución: entre paréntesis)", ED, 141-519, 521 (1991). Pero que dicho autor adhiera implícitamente al efecto vinculante del control de constitucionalidad no es novedad. Ya en su obra "El derecho constitucional del poder" (t. II, ps. 268 y 280, § 907 y § 926, Ed. Ediar, 1967) elaboraba su posición en tal sentido.

(21) A mayor abundamiento, debe recordarse también lo dicho por los ministros Levene, Cavagna Martínez, Fayt, Barra y Boggiano en la causa "López, Antonio M. c. Explotación Pesquera de la Patagonia S A.", fallada el 10 de junio de 1992. En dicha causa se debatía la tasa de interés aplicable al capital de condena, con posterioridad al 1° de abril de 1992. Existían fallos contradictorios de las distintas Cámaras de Apelaciones. En el considerando 3, se dijo: "Que la determinación de la tasa reviste significativa trascendencia para el desarrollo del crédito y la seguridad jurídica y corresponde, en consecuencia, que esta Corte resuelva el fondo del asunto en uso de la facultad que le confiere el art. 16 de la ley 48, a fin de poner un quietus en la evolución de las encontradas tendencias jurisprudenciales que conspiran contra la requerida certeza del tráfico en la materia". En el caso, la mayoría consideró que se trataba de un conflicto de interpretación de una ley (N° 23.928) y un decreto (N° 941/91) federales. Explícitamente se sostiene que su decisión trasciende el caso a resolver.

(22) Aquí cobra relevancia el que el ministro Barra sea el único disidente de los nuevos integrantes, pues él había adherido al voto mayoritario en "Montalvo". También cobra relevancia el que el ministro Fayt firme con la mayoría. Si bien él había compartido el voto mayoritario en "Montalvo", también había votado en disidencia, junto a Barra y Petracchi, en "Villada" y, junto a la mayoría de la Corte, en "Tellez". Estos precedentes, como se recordará, constituyen el sustento del voto del ministro Barra.

(23) CARRIO, Genaro R., "Sobre los límites del lenguaje normativo", p. 30, Ed. Astrea, 1973.

(24) La sentencia del caso "Peralta" ni siquiera relata cuáles eran los hechos del caso lo cual constituye un defecto

técnico grave. Si como ha dicho reiteradamente la Corte, una ley puede ser constitucional o inconstitucional, según las circunstancias de cada caso, una sentencia donde se juzga la validez de la norma que regiría la cuestión debe contener la descripción del supuesto que está juzgando.

© La Ley S.A.