

**Publicación: Revista Jurídica del Litoral**

**Fecha: 09-04-2015 Cita: IJ-LXXVII-708**

## **La derogación de normas generales por el Poder Judicial. El art. 60 de la Constitución de Entre Ríos**

Por Carolina Rosa Vitor

### **I. El control de constitucionalidad en la República Argentina. Dualidad de sistema [arriba] -**

Las provincias pueden establecer su propio sistema de control de constitucionalidad dentro de la jurisdicción local. La importancia -no siempre advertida- de la instrumentación y, sobremanera, de la aplicación en concreto del control de constitucionalidad en las sedes locales, radica esencialmente en una particularidad proveniente de la forma federal que gobiernan las instituciones argentinas: a los órganos jurisdiccionales locales se les confía la tutela y aseguramiento de dos órdenes normativos superpuestos, aunque no contrapuestos[1]. Mientras que los jueces federales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación velan especialmente por la supremacía de la Constitución Nacional y las leyes federales, dentro de un esquema básico de contralor difuso; los tribunales provinciales tienen asignado, además de la tutela de aquella preceptiva subordinante[2], el resguardo de la preeminencia dentro de su jurisdicción de la superioridad jerárquica propia de las normas fundamentales locales.

Como primera aclaración, no vamos a ocuparnos del sistema de control de constitucionalidad federal, es decir, el que existe a nivel nacional sino que vamos a circunscribirnos a una particular mecánica establecida en la Constitución de la Provincia de Entre Ríos de 2008 para controlar la constitucionalidad de normas locales.

### **II. El art. 60 de la Constitución de Entre Ríos [arriba] -**

La reforma de la Ley Fundamental de la provincia que se llevó a cabo en el año 2008, entre otros temas, importó una sustancial transformación del control de constitucionalidad que hasta ese momento estuvo vigente, asignando más de una disposición con el fin de garantizar la supremacía de las normas constitucionales.

Y en particular, atento al tema que hemos elegido, interesa reparar el art. 60, que reza: “Es de ningún valor toda ley de la Provincia que viole o menoscabe las prescripciones establecidas por la Ley Suprema de la Nación y por esta Constitución, así como todo acto, contrato, decreto u ordenanza que contravenga a las mismas o las leyes dictadas en su consecuencia, pudiendo los interesados demandar o invocar su inconstitucionalidad o invalidez ante los tribunales competentes. Sin perjuicio de ello, los jueces al advertir la inconstitucionalidad de una norma, de oficio podrán declararla. La sentencia que pronuncie la inconstitucionalidad será declarativa y de condena pudiendo ser ejecutada. En el proceso respectivo podrán admitirse medidas cautelares. La declaración de inconstitucionalidad por

tres veces y, por sentencia firme del Superior Tribunal de Justicia de una norma general provincial, produce su derogación en la parte afectada por el vicio”.

### **III. Aproximación al sistema de control constitucional europeo** [arriba] -

La norma antes transcrita revela o, más bien, deja en evidencia que en esta materia el constituyente entrerriano optó por incursionar en el sendero de la progresiva aproximación al sistema de control constitucional europeo o concentrado que en los últimos tiempos se observa a nivel provincial, tal como queda patentizado en el otorgamiento de efectos generales (erga omnes, derogatorios) a la declaración de inconstitucionalidad de una norma general provincial dictada por el Superior Tribunal de Justicia provincial en tres oportunidades.

Si se efectúa un relevo de los textos constitucionales provinciales sancionados a partir del año 1983 se puede apreciar cómo en las distintas reformas los constituyentes poco a poco han ido introduciendo disposiciones que han ido dotando al sistema de control de constitucionalidad local de las notas propias del control abstracto. Conviene tener presente que se trata de una tendencia puesto que no llega a sustituir el control a cargo del poder judicial por un control en manos de un único Tribunal especial de constitucionalidad o Corte Constitucional, propio del sistema europeo[3]. Empero, importa un paso más en el proceso que de manera paulatina y constante va diferenciando el sistema de control de constitucionalidad provincial con el sistema de control difuso o americano que a nivel nacional nuestro país ha adoptado, desde el mismo origen del estado constitucional (art. 116 CN y Ley N° 27 de 1862). Incluso más, se ha afirmado que la Argentina es el país americano que ha seguido con mayor fidelidad el sistema difuso de control de constitucionalidad nacido en Norteamérica[4].

Ahora bien, esta forma de control de constitucionalidad también ha sido objeto de críticas que conviene no soslayar. La principal, hace foco en el principio de separación de poderes y partiendo de él se afirma que la derogación o anulación de un acto del órgano legislativo por parte de un tribunal, constituye una invasión a la órbita de ese poder. Para dar respuesta a este cuestionamiento, atento a la fuente del sistema, cabe recurrir a las enseñanzas de Kelsen, quien explica que aquello que se presenta como una extralimitación de funciones es en realidad una distribución expresa de competencias para el ejercicio de una función de legislación negativa. De este modo, dicho autor afirma que, “la anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto de entre dos órganos que como una intrusión del poder judicial en el poder legislativo”[5]. Por lo demás, hay que atender que el modelo de control diseñado por Kelsen no se hallaba animado por una actitud de desconfianza frente al Parlamento, sino, muy por el contrario, por un deseo de reforzarlo, protegiéndolo frente a los jueces. Por tal razón el tribunal en estos supuestos asume la función de un “legislador negativo” que colabora con el poder legislativo y permite reafirmar el principio de sujeción de los jueces a la ley[6].

### **IV. Manifestaciones de este nuevo rumbo** [arriba] -

La Constitución entrerriana ha instituido un sistema de control judicial -no ha establecido un tribunal especial al modo europeo- y este control siempre es sobre una causa judicial, o sea un caso o pleito.

Sobre la base de estos extremos, que también se dan en el control difuso, el nuevo derecho constitucional provincial adquiere rasgos del sistema europeo al reconocer efecto expansivo a la declaración de inconstitucionalidad de una norma pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia local.

El citado art. 60 de la Constitución provincial establece que, en principio, la decisión de inconstitucionalidad pronunciada por el STJ su campo de acción queda reducido al caso, empero una tercera sentencia en tal sentido tiene efectos generales, erga omnes, al provocar la derogación de la ley.

Ahora bien, si se entiende que cuando la sentencia que dicta el órgano jurisdiccional invalida o deroga la norma inconstitucional, se habla de control abstracto, que tiene efectos generales o "erga omnes" y, cuando la misma sentencia sólo deja sin aplicación el precepto legal en el caso de que se trata, se habla de control concreto de constitucionalidad, que tiene efecto particular o "inter partes", quedando vigente la ley inaplicada. Es claro, que el nuevo Derecho Constitucional provincial ha avanzado hacia el tipo de aquél control, que adquiere una fisonomía mixta que principia como un control concreto, empero si el STJER declara la inconstitucionalidad de una norma en tres oportunidades ello importará la expulsión de la misma del ordenamiento jurídico.

A su vez, este acercamiento al control abstracto de constitucionalidad se patentiza si se repara en la acción popular de inconstitucionalidad que se instituyó en el art. 61 de la Ley Fundamental de Entre Ríos. En ésta, la cuestión de constitucionalidad es de carácter objetivo, es decir, no se sustenta en derechos subjetivos afectados, o sea, no hay una controversia entre sujetos contrapuestos (no cases and controversies), pues la cuestión de constitucionalidad es puramente abstracta, esto significa, que no hay un caso concreto a resolver donde se encuentren involucrados derechos subjetivos de partes, por ello se trata de un análisis puramente nomofiláctico, de contraposición entre normas -la cuestionada y la constitucional-.

## **V. El Tribunal Superior de Justicia como Tribunal Constitucional [arriba] -**

La eficacia que la Constitución provincial otorga a la sentencias del STJER cuando en ella se realiza un control de constitucionalidad de una norma provincial importa asignar a la cabeza del Poder Judicial local una impronta e importancia que antes no tenía.

El efecto derogatorio que se le reconoce a las decisiones del STJER, excluyendo de tal posibilidad a sentencias dictadas por otros magistrados, sin duda está relacionado con la posición cimera que ocupa el mismo en la función de control jurisdiccional de constitucionalidad. Aquí, se ha avanzado, hace notar Díaz Ricci, "en atribuirle a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el TSJ las consecuencias propias

de un Tribunal Constitucional, dando, por tanto, el carácter expansivo propio del “legislador negativo” que mencionaba Kelsen”[7].

También conviene precisar que la norma constitucional atribuye entidad derogatoria a las sentencias dictadas por el STJER en pleno, por lo que las sentencias de cualquiera de sus Salas en las que se declare por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma provincial sólo tendrán efecto para las partes y su proyección no excederá el caso concreto.

## **VI. Ámbito de actuación de la atribución derogatoria judicial [arriba] -**

El art. 60 de la Constitución provincial no especifica si las sentencias que declaran la inconstitucionalidad que al llegar a ser el número de tres deben haberse dictado únicamente en causas en la que entienda el STJER de modo originario o, por el contrario, también cuentan aquellas en la que entienda por vía recursiva.

Aquí cabe estar a la regla interpretativa que nos marca que ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus -donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir-, por lo que hablamos de sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el STJER, no importando el tipo de acción de la cual proviene, o que hubiese llegado a su conocimiento por competencia originaria o en grado de apelación.

Ahora bien, pese al enorme campo de acción de esta atribución que parece desprenderse de lo expresado precedentemente, nos apresuramos a aclarar que esta amplitud es más aparente que real. En efecto, si se confronta esta disposición con el resto del ordenamiento procesal se verá que pocos son los supuestos en los que el STJER interviene en pleno, más aún en la mayoría de las acciones en donde suele alojarse una cuestión constitucional están fuera de su alcance. Es cierto que el art. 205 de la Constitución asigna una importante competencia en materia judicial, entre las que se encuentran las gestiones de inconstitucionalidad que entienda originariamente o como tribunal revisor, empero la propia disposición ha dejado explicitado que ello es de conformidad con lo que determinen las leyes en la materia. Y, entonces, de acuerdo con el derecho infraconstitucional las acciones de amparo, ejecución o habeas corpus, por imperio de la Ley N° 8369 (T.O. 9550) son decididas en última instancia por la Sala Penal y de Procedimientos Constitucionales del STJER, y los pleitos comunes en que se ha debatido la inconstitucionalidad de una norma provincial, culminan en las respectivas Salas del mismo, vía recursos de inaplicabilidad de ley o casación que regulan los distintos códigos procesales, a excepción de los casos contenciosos administrativos que tramitan ante las Cámaras en lo Contencioso Administrativo cuyo estadio recursivo extraordinario es ante el pleno.

Frente a este panorama, como regla se puede afirmar que los únicos supuestos en los que el STJER (en pleno) podría dictar sentencia con proyección derogatoria son aquellas causas enumeradas en el art. 205 de la Constitución Provincial -entre las que se debe incluir la acción popular del art. 61-, que de conformidad a una ley no se hubiere atribuido a una de sus Salas.

## VII. El efecto declarativo y constitutivo de la sentencia de inconstitucionalidad [arriba] -

Un aspecto que advertimos como problemático está dado por los efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad cuando la misma provoca la derogación de la norma descalificada.

La disposición constitucional bajo análisis establece que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma son declarativas y de condena, pero en el párrafo siguiente, refiriéndose ya a las sentencias que tal sentido pronuncie el STJER establece que a la tercera vez su efecto es la automática derogación de la norma provincial afectada. Es decir, que una sola sentencia no basta para hacer perder la vigencia de la norma declarada inconstitucional sino que es necesaria la acumulación de tres sentencias para conseguir ese efecto.

En esto imita a las sentencias pronunciadas por un Tribunal Constitucional como “legislador negativo”, con efecto ex nunc.

Advertimos que en este punto la norma se muestra en cierto sentido disfuncional, puesto que técnicamente hablando, una sentencia declarativa lleva ínsita la idea de retroactividad, en tanto el órgano jurisdiccional se limita a reconocer una situación existente, lo que no resulta conciliable con el efecto derogatorio que tiene la tercera sentencia en igual sentido del STJER, en tanto ella es claramente constitutiva dado que la derogación de una ley nunca tiene efectos hacia el pasado.

Cabe retener que la sentencia que tiene como efecto provocar la derogación de una norma legal, no declara una nulidad ab origine sino que tiene carácter “constitutivo”, o sea, su derogación se opera recién con el dictado de la sentencia. Es el STJER que al dictar la tercera sentencia que descalifica una norma provincial determina que, a partir de ese momento, la inconstitucionalidad tiene efectos erga omnes, en consecuencia, produce efectos ex nunc. Esto no se condice con la recta doctrina de la inconstitucionalidad (declarativa, efecto ex tunc) porque al establecer la derogación solamente la priva de vigencia, el efecto es ex nunc es decir, a partir de la tercera sentencia de inconstitucionalidad del STJ, por tanto, ésta última tendría naturaleza constitutiva a diferencias de las otras sentencias de inconstitucionalidad que dicte el STJ u otros tribunales, las cuales serían declarativas.

Entendemos que el constituyente empleó aquí un mecanismo de expulsión del ordenamiento jurídico de la norma que no se condice con el vicio que lo determina, su inconstitucionalidad, una derogación no actúa hacia atrás sino que simplemente pone punto final a su vigencia, por lo tanto, el efecto sancionatorio sólo afecta la vigencia de la norma, no habiéndose animado a concretar aquello que el propio art. 60 pregona en el párrafo primero: “Es de ningún valor toda ley de la Provincia que viole o menoscabe las prescripciones de la ley suprema de la Nación y por esta Constitución...” que no es más ni menos que disponer lisa y llanamente su invalidez[8].

## VIII. La cuestión de la publicidad de la derogación judicial [arriba] -

Como quedó expresado más arriba, la sentencia del STJER que declare por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma local tiene efectos derogatorios, es decir, elimina dicha norma del ordenamiento jurídico, por tanto es de alcance erga omnes, o sea, con consecuencias generales.

El texto constitucional no prevé ningún mecanismo de publicidad a fin de posibilitar el conocimiento de la población de la derogación de la norma provincial descalificada.

La cuestión no es menor, dado que la publicidad de la sanción o derogación de ley es consustancial al estado de derecho. Por este motivo la Constitución de Chubut fija de manera precisa el día en que deja de tener vigencia la norma tachada de inconstitucionalidad (al día siguiente de su publicación oficial).

Y esta necesidad, que es más que una conveniencia, en los países europeos está cubierta al establecerse que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma dictada por el Tribunal Constitucional se publican en el Boletín Oficial[9].

De todos modos, esta omisión es subsanable mediante una norma reglamentaria y entendemos que ello en absoluto obsta a la plena operatividad de la manda constitucional.

## IX. A modo de conclusión [arriba] -

De las reflexiones precedentes asumimos que el derecho constitucional provincial actual exhibe una nueva impronta en materia de control de constitucional al reconocer, en ciertos casos, a los veredictos del STJER efectos expansivos al determinar la derogación de las reglas reputadas inconstitucionales y esto ha importado una aproximación al sistema europeo-kelseneano.

A su vez, el examen del art. 60 de la Constitución de Entre Ríos nos ha permitido poner de relieve ciertos puntos y omisiones respecto de los cuales no se puede evitar exponer una opinión crítica, en tanto ellos importan anomalías o disfuncionalidades del sistema diseñado por el constituyente. Sin embargo, tales reparos en nada empañan el enorme avance que la disposición importa en orden a asegurar la supremacía de las normas de la Constitución Nacional y Provincial.

-----  
[1] Berizonce, Roberto, “El control de constitucionalidad local en la Provincia de Buenos Aires”, JA, 1985-IV, 781).

[2] Como lo señala Gelli, esta atribución no puede ser cercenada por los ordenamientos locales, pues como lo reconoció la Corte Suprema en la causa “Strada”, “...aun cuando la administración de justicia es una atribución no delegada por las provincias a la Nación, el ejercicio de esa competencia deviene inconstitucional si impide a los magistrados locales considerar aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional. De ello se sigue que la obligación provincial, emanada del art. 31 de la Constitución, de aplicar la supremacía establecida en la ley de base, y que los tribunales locales no sólo pueden sino que deben efectuar el control de constitucionalidad, en sus respectivas jurisdicciones” (GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 260).

[3] Por el contrario, el único vestigio en esta dirección incorporado por la Constitución de Tucumán de 1990, fue eliminado por la reforma constitucional de 2006, que suprimió al Tribunal Constitucional (que nunca llegó a establecerse).

[4] DIAZ RICCI, Sergio, “Panorama y Evolución del Control de Constitucionalidad en los Estados Provinciales de la Argentina”, Revista Iberoamericana del Derecho Procesal Constitucional, Año 200, N° 11, p. 149-190.

[5] KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la constitución”, en “Escritos sobre la democracia y el socialismo”, Madrid, Debate, 1988. p. 129/130.

[6] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseneano”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 21-22.

[7] DIAZ RICCI, ob.cit., p. 181.

[8] La validez de las normas está relacionada con su pertenencia al sistema jurídico, ya que por una parte la obligatoriedad de una norma declarada válida es incuestionable, y por la otra, en cambio, al declararse la invalidez de una norma (con efectos generales) se podría decir que su eficacia es destruida completamente, ya que no podrá volver a ser aplicada bajo ninguna circunstancia, es decir, pierde no solamente su eficacia futura, sino también su potencial eficacia ultra-activa, la cual, sin embargo, conservan las normas derogadas, ya que solamente pierden su vigencia. Pero si la declaración de invalidez surte efectos particulares solamente, entonces la norma permanece tanto en el sistema como en el orden jurídico, y como se trata de una norma individualizada tampoco se produce un cambio de orden jurídico.

[9] DÍAZ RICCI, ob.cit., p. 151.