

Autor: García Pullés, Fernando R.

Título: Los efectos de la sentencia anulatoria de un acto de alcance general. Algunas perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo

Publicado: 2000-12-163

Sección: DOCTRINA

LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA ANULATORIA DE UN ACTO DE ALCANCE GENERAL. ALGUNAS PERSPECTIVAS PROCESALES, CONSTITUCIONALES Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

por FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS

INTRODUCCIÓN. PLANTEO DEL TEMA Y METODOLOGÍA.

La discusión sobre el alcance que corresponde atribuir a la cosa juzgada adquirida por una sentencia que declara la nulidad por ilegitimidad de un reglamento o una disposición reglamentaria ha sido —y continúa siendo— materia de uno de los más profundos debates en nuestro derecho procesal administrativo.

Desde perspectivas jurídicas diversas se han defendido, con esmero, posturas antinómicas, basadas en las reglas y principios fundamentales de nuestro ordenamiento positivo, en las fuentes extranjeras que lo inspiraran en cada caso, o aun, en las consecuencias prácticas de la adopción de uno u otro criterio (1).

La cuestión se ha centrado, principalmente, en la determinación del alcance que cabe atribuir a una decisión jurisdiccional que declara la nulidad parcial o total de un reglamento, en tanto "acto administrativo de alcance general" (2) y a partir de su ilegitimidad inherente. Esto es, se ha excluido del debate al análisis de aquellas decisiones judiciales que sólo se pronuncian sobre la eventual antijuridicidad en la aplicación del reglamento con sustento en las circunstancias del caso, supuesto en el cual el alcance singular de la sentencia no presenta mayores discusiones.

Para seguir las palabras de Mairal —y sin perjuicio de la posterior división de este enunciado generalizador—, se trata de "determinar si la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento por considerarlo ilegítimo per se, hace cosa juzgada para la Administración respecto de quienes no fueron parte en el juicio y, por ende, puede ser invocada por, o contra, éstos en ulteriores litigios, sin que quepa a la Administración o a dichos terceros relitigar el punto, ni al tribunal apartarse de lo decidido por la sentencia ulterior".

Por otro lado, la discusión se limita al cuestionamiento de la legitimidad de las disposiciones reglamentarias puesto que —como bien señala Grecco—, a pesar de la aparente generalización de la Ley de Procedimientos Administrativos y su reglamento, "tratándose de disposiciones reglamentarias la impugnación será admisible cuando se configura una infracción a la legalidad, lesiva de cualquier situación jurídica tutelada por el ordenamiento jurídico, pero sin que se pueda extender a los criterios de oportunidad bajo los que la autoridad administrativa hubiere ejercido su potestad normativa" (3).

Con origen en la ironía socrática, posiblemente, se reconoce que una de las características de los métodos universitario y científico es el constante replanteo y crítica de sus postulados, al punto de haberse llegado a afirmar que no existe saber científico si éste no puede ser objeto de refutación (4).

No parece ésta la ocasión para discurrir sobre la exactitud de este último criterio filosófico. Sin embargo, no se

puede objetar que entre los modos más certeros para comprobar la exactitud de una afirmación científica se debe privilegiar a aquel que consiste en su confrontación con la realidad que intenta describir o regular, en especial, después de cierto tiempo.

Es desde esta perspectiva, a la luz de nuevos trabajos sobre la materia (5) y del horizonte que otorgan los derechos incorporados a la Constitución nacional por la reforma de 1994, que me parece oportuno volver (6) sobre el tema de los alcances que corresponde atribuir a las sentencias que declaran la nulidad de disposiciones reglamentarias.

Intentaré referirme, sintéticamente, en primer lugar, a su perspectiva procesal, para detenerme luego en la afirmación sobre la improponibilidad constitucional del dictado de sentencias cuyos efectos trasciendan los límites subjetivos del caso sometido a decisión jurisdiccional o del dictado de leyes que habiliten al poder jurisdiccional a tales fines, examinando, por fin, algunas consecuencias prácticas de las posturas que se adopten, en el marco de los principios del derecho administrativo, que no se podrían dejar de tener en cuenta.

Continúo pensando que entre la naturaleza de los derechos a los que se acuerda tutela jurisdiccional y la legitimación para accionar, por una parte, y las vías procesales para el acceso a aquella tutela y los alcances de los efectos de las decisiones judiciales, por la otra, existe una interdependencia tan evidente, que no se puede emprender el estudio separado de alguno de tales temas sin riesgo de soslayar el núcleo de la cuestión a resolver (7).

I. LA PERSPECTIVA PROCESAL.

1. Las sentencias. Su clasificación y efectos.

Es del caso recordar, inicialmente, como correlato de la proscripción de la autodefensa violenta de los derechos, que el Estado asumió frente a sus habitantes la obligación de expresar la voluntad de la ley y aplicarla mediante el uso de la fuerza legítima, para la heterocomposición de los conflictos de intereses que se le pudieran presentar a tal fin.

Este silogismo —predicable desde el origen mismo del Estado— adquiere singular relevancia a partir de una determinada etapa de la evolución de las ideas políticas, pues resulta calificado por el tamiz de los principios republicanos y del Estado de derecho (8) para dar origen a la función jurisdiccional como una de las formas de expresión del único poder del Estado (9).

La vertiente de naturaleza política de la sentencia, como acto que concreta el ejercicio de la función jurisdiccional del poder estatal, obliga a reconocer en ese acto judicial, ante todo, una declaración de voluntad del Estado (10), emanada de un órgano independiente, que establece el contenido del derecho ante un conflicto de intereses, y que resultará respaldada por el poder monopólico del Estado, tanto para lograr su cumplimiento como para impedir su replanteo o desconocimiento futuro, al adquirir el carácter de cosa juzgada.

En tal contexto, no se puede dejar de tener en cuenta que dicha declaración es ordinariamente realizada respecto de aquellos particulares que presentan su conflicto ante la jurisdicción, pero también lo puede ser respecto del propio Estado, quien se ha obligado a admitir su validez y eficacia, asegurando a sus ciudadanos tal extremo como prueba concluyente de su sometimiento al derecho (11).

Así, en tanto acto de autoridad del Estado (12) e "instrumento de la actuación de la ley", es preciso reconocer que toda sentencia se debe concebir como declarativa a partir de un doble carácter: el primero de ellos se asienta en lo explicitado precedentemente, esto es, la sentencia constituye una declaración de voluntad del Estado; el segundo radica en que toda sentencia contiene una "declaración del derecho como antecedente lógico de la decisión principal" (13).

No obstante, desde esta inicial unificación genérica, cabe recordar que la generalidad de la doctrina ha coincidido en clasificar a las sentencias en meramente declarativas, de condena y constitutivas (14).

a) Las sentencias meramente declarativas se identifican con los jugements déclaratoires de la doctrina francesa, los declarative judgements de la experiencia inglesa o la sentenza di accertamento en la actividad jurisdiccional italiana. Tienen por finalidad la pura declaración —valga la redundancia— de la existencia de un derecho.

A su respecto, cabe tener presentes las palabras de Couture, cuando recordó: "La resistencia que hallaron las sentencias de esta índole en ciertos tribunales, inspiradas en la idea de que no es función de la Justicia hacer meras declaraciones sino dirimir conflictos reales y efectivos, ha sido abandonada últimamente aun por aquellos que más firmes se mostraron en sustentar esa tesis" (15).

Más allá de las críticas que ha merecido la denominación, ubicación y alcance que se les otorgó (16), el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación supone esta categoría de sentencias como resultado del ejercicio de la "acción meramente declarativa" regulada por su art. 322, en tanto tendiente a hacer cesar un estado de incertidumbre, que cause un perjuicio o lesión actual cuyo remedio no se pudiera obtener por otra vía (17).

Es preciso poner de relieve, sin embargo, que las sentencias meramente declarativas no sólo se pueden dar como resultado del proceso iniciado a raíz de una acción de tal naturaleza ya, que, maguer de la falta de eficacia práctica de la distinción, también cabe considerar como meramente declarativas a las sentencias absolutorias o que desestiman la pretensión contenida en una acción de condena o constitutiva. Es que "toda desestimación de una acción de condena no es otra cosa que una sentencia mero declarativa en la cual se establece la no existencia del derecho pretendido por el actor a una prestación del demandado" (18), criterio que es plenamente aplicable respecto de las acciones, que tienen por objeto la obtención de una sentencia constitutiva.

Parecería obvio destacar que estos pronunciamientos de la jurisdicción reconocen una voluntad de la ley preexistente, por lo cual corresponde retrotraer sus efectos hasta el momento de ocurrencia de los antecedentes fácticos del precepto que hicieran aplicable su consecuencia jurídica.

b) Las sentencias de condena constituyen las más comunes en nuestra experiencia judicial. Además de contener una declaración, imponen el cumplimiento de una prestación, ora en sentido positivo —dar, hacer o deshacer—, ora en sentido negativo —abstenerse— (19).

Alsina sostuvo que el trámite de la ejecución de sentencias sólo quedaba reservado para el cumplimiento de las sentencias condenatorias, en las cuales la ejecución resultaba una proyección necesaria del proceso de declaración, por cuanto el interés del vencedor no se agotaba con el mero reconocimiento de su derecho (20). Morello, en cambio, afirma que el conjunto de las sentencias son ejecutables, aunque con las características propias a cada una de ellas (21).

Esta diferencia de conceptos no está exenta de consecuencias prácticas, ya que parece claro que la ejecución de sentencias que no fueren condenatorias se relaciona, ordinariamente, con su imposición a terceros que no fueron parte del proceso (v.gr., la obligación del director del Registro Civil de inscribir el cambio de "estado" civil de una persona, o la del director del Registro de la Propiedad Inmueble, de anotar la anulación de una hipoteca en la matrícula respectiva).

También en los supuestos de sentencias condenatorias la resolución judicial no hace, sino, reconocer un derecho preexistente; de ahí que corresponda retrotraer sus efectos, por cuanto se limita a afirmar la existencia de una voluntad de la ley anterior a su emisión que garantiza al actor un bien de la vida.

c) Para explicar las sentencias constitutivas, Chiovenda recuerda que hay derechos potestativos que permiten el

nacimiento de un nuevo estado jurídico a partir de una simple declaración de voluntad del titular, mientras que existen otros en los cuales el cambio no se puede producir sino cuando el derecho potestativo es declarado por el juez. En este orden de ideas, agrega: "Es cuestión que la ley resuelve (si bien no siempre expresamente) con arreglo a criterios de oportunidad la de fijar cuándo basta la declaración de voluntad del titular y cuándo se requiere una sentencia según que, por ejemplo, dada la naturaleza de la relación que ha de constituirse o extinguirse, sea más o menos útil al interés del [...] orden público, o de los derechos de terceros, la certeza y la publicidad inherente a la sentencia" (22).

La sentencia constitutiva actúa también mediante la declaración de una preexistente voluntad de la ley. Sin embargo, por mandato explícito o implícito de la ley, se transforma en la causa eficiente de la constitución de un nuevo estado jurídico, por cuanto después de la sentencia existe un estado jurídico que antes no existía, o viceversa; por ello, obra normalmente *ex nunc*, salvo disposición expresa en contrario del orden jurídico positivo, que a veces retrotrae sus efectos, por ejemplo, al momento de la promoción del proceso.

Se debe advertir que, en muchos casos, las sentencias judiciales aúnan categorías de la clasificación que se ha brindado, de modo que se pueden descomponer en partes de carácter declarativo, contenidos de carácter constitutivo y aun aspectos de naturaleza condenatorios, extremos que pueden incidir en la relación de los efectos del fallo en el tiempo.

Entre los "casos especiales de sentencias constitutivas y categorías afines", Chiovenda menciona las acciones de impugnación, distinguiendo las acciones de nulidad, las de anulación y las de rescisión o resolución. Así, indica: "Llámanse negocios jurídicos nulos o inexistentes los que son nulos desde su origen, de suerte que no pueden producir efectos jurídicos. Las acciones que tienden a hacer declarar tal nulidad son acciones de mera declaración. Negocios jurídicos anulables son los que pueden producir efectos jurídicos, pero sólo en tanto no sean impugnados. El acto es nulo desde su origen, pero la anulación debe ser pronunciada por el juez. Por consecuencia, deben considerarse estas sentencias como constitutivas, teniendo constantemente efectos *ex tunc*. Como tales se separan del tipo normal de sentencias constitutivas, sin entrar en las sentencias de declaración" (23).

2. Caracterización de las sentencias que deciden sobre la pretensión de nulidad por ilegitimidad de disposiciones reglamentarias.

Las sentencias que deciden sobre la pretensión anulatoria de un reglamento sobre la base de su ilegitimidad inherente, son alcanzadas por los mismos principios ya expuestos para la generalidad de las decisiones jurisdiccionales.

2.1. Así, los fallos que desestiman la pretensión de, nulidad, al igual que aquellos que absuelven respecto de una pretensión de condena, constituyen sentencias meramente declarativas.

Parece claro que estos pronunciamientos jurisdiccionales definitivos no producen modificación alguna de la situación jurídica existente con anterioridad a su dictado, sino que se limitan a "declarar" la improcedencia de la pretensión contenida en la demanda incoada.

Por su evidente carácter meramente declarativo, no se podría rebatir que la cosa juzgada adquirida por estas sentencias se extiende solamente a las partes del proceso.

2.2. La clasificación de las sentencias estimatorias no parece, a primera vista, tan sencilla.

Por cierto, corresponderá señalar —inicialmente— que existen divergencias en la doctrina nacional respecto de la existencia de nulidades manifiestas en el derecho administrativo argentino, y aun del alcance y características que corresponde otorgar a tal categoría de nulidades en esta rama del derecho, diferenciándolas de lo que ocurre en nuestro derecho civil (24).

Esta cuestión puede resultar significativa a la hora de categorizar las sentencias que admiten la pretensión de nulidad de una disposición reglamentaria, toda vez que, en opinión de Marienhoff, "aunque siempre se requerirá un pronunciamiento judicial al respecto, el acto nulo, de nulidad "manifiesta", sólo requiere una "declaración" judicial que así lo establezca; en cambio, el acto nulo de nulidad "no" manifiesta requiere todo un "juzgamiento" para desentrañar el vicio imputado" (25), afirmación que permite advertir la falta de coincidencia del criterio de nuestro querido profesor con el expuesto por Llambías, en materia de diferenciación de actos nulos y anulables, por una parte, y nulidades manifiestas y no manifiestas, por la otra (26).

Por su parte, comentando el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Pustelnik" (27), Grecco afirma que la aparente privación de presunción de legitimidad a los actos administrativos que adolecen de una invalidez manifiesta, decidida en el considerando 2 de ese decisorio, se circunscribe gravemente cuando en su considerando 4 se afirma que "la invalidez manifiesta de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece patente en los mismos [...] requiere una declaración judicial o administrativa a su respecto, a diferencia de la invalidez oculta que requiere el enjuiciamiento previo para que se torne visible". Con tal base, señala que "aun en aquellas hipótesis de invalidez "manifiesta", la Corte Suprema exige una declaración —administrativa o judicial— que así lo decida: de lo cual fácilmente se sigue que mientras no se produzca tal declaración el acto administrativo proyecta todos sus efectos. Negar presunción de legitimidad a esta categoría de actos parece, entonces, difícil de justificar en el terreno de la dogmática general; en la práctica, basta con asomarse ligeramente a la realidad para comprobar instantáneamente que sólo puede constituir un espejismo" (28).

En parecidos términos, Hutchinson sostiene que el acto nulo produce inmediatamente una modificación de la realidad, de manera que el particular afectado por el acto no se puede limitar a desconocerlo. De allí que no baste con ignorar el acto administrativo nulo: es necesario impugnar el acto y obtener la declaración administrativa o judicial de esa nulidad, mediante su revocación administrativa o anulación judicial, pues mientras no sobrevenga alguna de estas dos hipótesis el acto administrativo se presume legítimo y, por lo tanto, es plenamente eficaz; agregando que los efectos de la anulación son ex nunc, mientras que los de la declaración de nulidad son, en principio, ex tunc, "pues es principio general de derecho que el acto nulo desde su nacimiento ha de considerarse como si nunca hubiese existido" (29).

La cuestión plantea, pues, aristas complejas, toda vez que —por una parte— la circunstancia de que el juez deba sólo declarar la nulidad manifiesta llevaría a incluir a esta especie de sentencias entre las declarativas, extendiendo el criterio ya transcrito de Chiovenda; aunque la exigencia indispensable de esta declaración judicial o administrativa para que opere —aun retroactivamente— el "cambio jurídico", nos aleja del concepto de declaración y nos acerca a los caracteres de la sentencia constitutiva.

Para despejar de algún modo la cuestión, se debería señalar —como inicio— que la sentencia que resuelve la nulidad "no manifiesta" —con el alcance que a esta categoría otorgó Marienhoff y que se ha descrito más arriba— de un reglamento, registra un evidente carácter constitutivo, toda vez que es la valoración del juzgador la que determina la sanción que se corresponde al vicio que padece el acto, midiendo su virtualidad para excluir en su totalidad alguno de los elementos esenciales requeridos por el art. 7 de la ley 19.549.

Es en este sentido que se ha podido expresar, por ejemplo, que "el criterio para apreciar el error debe basarse en la gravedad del vicio, con relación a la manera e intensidad con que se afecten todos o algún elemento esencial del acto administrativo. El error, para que configure la invalidez del acto, debe ser de tal naturaleza y entidad, que si la Administración pública lo hubiera conocido no habría emitido el acto o lo habría dictado con un contenido esencialmente diverso, siendo éste el sentido que cabe asignar a la expresión "error esencial o sustancial" en el derecho administrativo. De lo contrario, si el error no reúne tales características —lo cual constituye una cuestión que habrá que valorar en cada caso— nos hallamos en el terreno de las meras irregularidades, que carecen de trascendencia para invalidar el acto" (30).

El carácter constitutivo de la declaración judicial de la nulidad "no manifiesta" de un acto administrativo parecería confirmado en las palabras de la Corte en el precedente al que se viene haciendo mención, cuando señaló que "no le es dable al poder jurisdiccional calificar retroactivamente como irregular un acto que aunque los jueces valoren inválido en sus sentencias era aparentemente válido y regular al momento de dictarse. Ello implica desconocer los derechos que pudieran ejercerse a raíz del acto administrativo presumiblemente legítimo

y regular, hasta tanto la invalidez sea judicialmente manifestada" (31).

A despecho de reconocer lo espinoso del tema, entiendo que a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema en el precedente de "Pustelnik", se debería llegar a idéntico resultado respecto de la decisión judicial que "declara" la existencia de una nulidad manifiesta de un acto administrativo, dado que tal declaración —según esa doctrina— es imprescindible a pesar del carácter manifiesto del vicio, aun cuando se pueda postular que el efecto constitutivo se retrotrae.

Ocurre aquí aquello de que "el cambio prodúcese únicamente cuando el derecho potestativo fue declarado por el juez", sin que se pueda silenciar que "cuando la ley liga o condiciona el porvenir del cambio a la misma (sentencia), ésta es el hecho jurídico que es causa de aquel efecto jurídico, por virtud de la ley. Y no es que el cambio jurídico sea producido por la voluntad del juez; la voluntad del juez también en este caso sólo mira a formular la voluntad de la ley", "basta ver que después de la sentencia existe un estado jurídico que antes no existía o viceversa, para que la sentencia nos parezca la que inmediatamente obra o produce o constituye aquel efecto", correspondiendo tener presente que si bien por su naturaleza la sentencia constitutiva opera en sus efectos ex nunc, por disposición expresa de la ley puede operar ex tunc, indicándose que "aunque el cambio no tenga lugar sino con el pronunciamiento definitivo del juez, sus efectos se retrotraen al momento [...] del nacimiento del estado jurídico que ahora cesa" (32).

Para hacerlo más claro, si ello fuera posible, todavía se ha agregado: "El efecto ex nunc es, pues, normal en las sentencias constitutivas, pero no pertenece a su esencia. Lo que es esencial es la producción de un estado jurídico que antes de la sentencia no existía" (33).

No podría dejar de destacar, por otra parte, que la cuestión de los efectos retroactivos de la sentencia que declara la nulidad manifiesta por ilegitimidad de una disposición reglamentaria ha quedado controvertida en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (34), en cuyo considerando 14 sostuvo que "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 (ex tunc), 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 perseguir, hasta su conclusión, el régimen por el que hubiere optado, con los efectos para cada uno previstos".

Al respecto, se ha señalado que "la Corte no sólo declara el efecto erga omnes de la invalidez de un reglamento sino que limita hacia el futuro los efectos de la declaración de nulidad, con lo que se aparta de la doctrina administrativa que vincula la retroactividad de los efectos de una anulación con la nulidad absoluta" (35).

2.3. He formulado estas aclaraciones previas, por cuanto la atribución de carácter constitutivo a las sentencias que declaran la nulidad por ilegitimidad de una disposición reglamentaria ha sido, ordinariamente, la clave de bóveda a partir de la cual se iniciaron las discusiones sobre los efectos extrapartes de tales pronunciamientos judiciales, sin que se pueda dejar de reconocer que Mairal ha postulado la posibilidad y pertinencia de la limitación de los efectos constitutivos al caso individual (36).

3. Límites clásicos de la cosa juzgada.

Pacíficamente se admitió la limitación de la cosa juzgada a las relaciones entre las partes del proceso (límite subjetivo), calificadas por el mismo objeto y causa (37), en los casos de las sentencias declarativas y de condena. Esta uniformidad de criterios, sin embargo, no se extendió respecto de las sentencias constitutivas.

Durante muchos años, se ha venido discutiendo en la doctrina del derecho procesal sobre los alcances subjetivos y objetivos que corresponde otorgar a la cosa juzgada en este tipo de sentencias. El tema se ha planteado particularmente respecto de las sentencias de Estado, pero la cuestión trasciende a estas últimas (38).

Chiovenda destacó, en su momento, que en la esfera de los derechos potestativos existen casos en los cuales "el derecho de impugnación de un acto corresponde a varias personas sujetas al acto mismo y en los cuales, no pudiendo el acto existir o no existir sino respecto de todos los sujetos, la cosa juzgada formada sobre la impugnación propuesta por uno excluye las impugnaciones de los demás; y no porque éstos estuviesen representados en el primer juicio" (39).

En este mismo sentido se ha señalado que la sentencia judicial adquiere eficacia jurídico-material cuando la admisión de la pretensión que contiene provoca la creación, modificación o extinción de alguna situación jurídica, de evidente aplicación fuera de los límites subjetivos de la cosa juzgada, extremo que resulta excepcional en el orden jurídico y que ocurre en las sentencias constitutivas (40).

Provocando una célebre discusión con Carnelutti, Liebman intentó introducir una variable en la ya, para entonces, fecunda diferencia de opiniones, señalando que era necesario distinguir entre la autoridad de la cosa juzgada y la eficacia de la sentencia.

Para describir ajustadamente el contenido de su pensamiento y de las razones que lo llevaron a formular esta distinción, valga recordar textualmente las palabras del autor citado: "[...] mientras la eficacia natural de la sentencia vale para todos, la autoridad de la cosa juzgada está limitada a las partes solamente; que, por consecuencia, las partes no pueden discutir la justicia de la sentencia, cuya eficacia es para ellas incondicionada, y sus efectos inmutables; los terceros, en cambio, deben sufrir, desde luego, los efectos de la sentencia, pero no incondicionalmente, ya que podrán rechazarlos cuando puedan demostrar la injusticia de la sentencia [...]. Esta diferente posición está suficientemente justificada por el hecho de que las partes, a diferencia de los terceros, han tenido la posibilidad de participar en la formación de la sentencia y de hacer valer en el proceso todas sus razones. Se entiende que no a todos los terceros se les da la facultad de contradecir la sentencia, sino solamente a aquellos cuyo interés sea jurídicamente reconocido y tutelado, lo que se verifica para los terceros que resulten perjudicados por la sentencia en sus derechos" (41).

Me he detenido en los textos de Liebman, porque existe una perspectiva desde la cual no difieren de las enseñanzas originales de Chiovenda, cuando señalan que "todos están obligados a reconocer la sentencia entre las partes: pero no pueden ser perjudicados por ella", aclarando que se trata del perjuicio "jurídico", que ocurre "cuando la sentencia pudiese negar el derecho de los terceros extraños: como podría suceder en el caso de que la relación estimada como existente o inexistente en un proceso comprendiese como sujeto a un tercero extraño al pleito o cuando la relación estimada como existente entre las partes litigantes fuese prácticamente incompatible con una relación en la cual los terceros pretenden ser sujetos. En estos casos la cosa juzgada no debe perjudicar a los terceros, esto es, no puede oponerse a los terceros con el fin de disminuir su posición jurídica" (42).

No dejo de reconocer que Chiovenda ha observado algunos comentarios de Scialoja, que pregonaron la diferenciación entre los efectos de la sentencia estimatoria y la desestimatoria, o entre beneficiosos y gravosos. Sin embargo, más tarde y en sus mismos escritos, parecería concluir en la misma distinción entre los efectos gravosos y no gravosos de la sentencia respecto de terceros, para hacer interdicción sólo de los primeros.

Advirtamos, pues, que aun sin ingresar en la discusión sobre las tesis que se ha descrito, el cuestionamiento de la extensión de los efectos de la cosa juzgada respecto de terceros, en el marco de las sentencias constitutivas, se ha planteado en relación con quienes no han intervenido en el proceso y pudieran resultar "perjudicados jurídicamente", "gravados" o "agraviados" por la decisión jurisdiccional firme.

4. Nuevos límites de la cosa juzgada.

Parece necesario destacar, sin embargo, que la ciencia del derecho procesal ha reparado en el concepto de "cosa juzgada", evolucionando hacia criterios que han significado una marcada superación del recaudo originario de la triple identidad clásica y fueron recogidos por la mayoría de las legislaciones vigentes.

Así, en el ámbito federal de nuestro país, la reforma introducida por la ley 22.434 al art. 347, inc. 6, de nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, estableció que para que resulte procedente la excepción de cosa juzgada, "el examen integral de las dos contiendas debe demostrar que se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial, o que por existir continencia, conexidad, accesoriedad o subsidiariedad, la sentencia firme ya ha resuelto lo que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo juicio que se promueve".

En una interpretación restrictiva se podría sostener que el precepto ha trascendido de la triple identidad clásica únicamente en los límites objetivos de la cosa juzgada. Sin embargo, es más aceptable colegir —con nuestra mejor doctrina— que "la norma [...] es suficientemente amplia, toda vez que no sujeta al juzgador a verificar necesariamente las tres identidades, sino que le permite decidir la excepción sobre la base de un examen de todos los antecedentes que vinculan a los litigios" (43).

5. El alcance erga omnes o extrapartes atribuido o negado a la sentencia que declara la nulidad de disposiciones reglamentarias.

Se indicó más arriba que la discusión doctrinaria respecto de la extensión de los efectos de las sentencias constitutivas se había planteado respecto de su aplicación a terceros ajenos al proceso con el alcance de ocasionarles un "perjuicio jurídico", a cuyo efecto recogí las opiniones de Chiovenda y Liebman.

Entiendo que, partiendo desde esta perspectiva de análisis, el examen de los efectos de una sentencia que declara la nulidad de una disposición reglamentaria per se y no según su aplicación al caso concreto —extremo que también se aclaró al inicio— debe ser precedida de una necesaria indagación previa, a saber: determinar el contenido que se pretende atribuir, en el caso, a la calificación erga omnes o extrapartes que se discute respecto de los efectos de tal sentencia.

En este orden de ideas, el rechazo a la atribución de efectos erga omnes respecto de las sentencias que ahora nos ocupan, se ha postulado —por Mairal—, sosteniendo la improcedencia de extender lo resuelto en el fallo respecto de terceros que no fueran parte en el proceso y la improponibilidad de prohibir a la Administración, ante un nuevo actor, "relitigar" el punto (44). He usado el concepto "relitigar" no sólo porque es el que invoca el autor citado, sino porque define con claridad la situación jurídica que se presenta.

Una opinión similar planteó inicialmente Barra (45), en orden a la limitación de los efectos del fallo anulatorio, al afirmar que el juez "no podía obligar a la Administración a derogar el reglamento impugnado pues habría una invasión de la esfera de competencia de la Administración pública" (46).

Grecco, por su parte, ha sostenido que se debe distinguir entre la sentencia desestimatoria y aquella que acoge la pretensión anulatoria, atribuyendo a la primera efectos interpartes, y a la segunda, también efecto respecto de todos los afectados por la disposición, sea que se trate de la impugnación directa o bien que haya sido articulada por medio de los actos aplicativos (sean éstos, a su vez, generales o singulares), sin dejar de ponderar la dificultad que se presenta en el análisis de los "intereses en competencia" y de los actos firmes favorables (47).

Hutchinson distingue entre las sentencias que fueran resultado de una impugnación indirecta o directa del acto de alcance general. Afirma que la sentencia que resuelve la impugnación indirecta sólo puede tener efecto entre las partes, mientras que en la impugnación directa la decisión del tribunal debe tener efectos indirectamente para todos los afectados, para afirmar: "Por ello puede decirse que, aunque no sea estrictamente así, produce efectos erga omnes de un modo indirecto. Ello porque, una vez que haya decisión judicial firme, la Administración no puede limitarse a no aplicarla sólo en el caso concreto [...]. En realidad, una vez declarado ilegítimo el reglamento para un caso la Administración debe derogarlo" (48).

Cassagne, a su turno, sostiene que los efectos de la anulación de un acto de alcance general se deben extender por igual a todos los destinatarios de las normas que resultan invalidadas por el fallo, postulando atribuir tal alcance a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como se advierte de la lectura de los criterios expuestos, los autores no coinciden exactamente en la acepción que se ha de brindar al calificativo erga omnes o "extrapartes", en cuanto relacionado con los efectos de esta clase de sentencias, pues mientras algunos consideran a la Administración pública como destinataria de esta extensión de efectos, otros aluden a su posibilidad de "relitigar la cuestión".

6. Ámbitos sobre los cuales se postula la extensión de los efectos de las sentencias. Su examen desde la perspectiva procesal.

Entiendo que la emisión de una opinión sobre la discusión planteada exige formular una diferenciación precisa de los ámbitos sobre los cuales habrían de operar los efectos eventuales de estos fallos jurisdiccionales, para formular en cada caso las apreciaciones que parezcan más adecuadas al derecho vigente.

6.1. En primer término, será preciso distinguir entre las sentencias que admiten la pretensión de nulidad por ilegitimidad, de aquellas que la rechazan.

Tengo para mí que estas últimas no pueden generar efectos más que entre las partes del proceso, y ello se sustenta en una razón lógica de peso: el rechazo de la declaración de ilegitimidad de una disposición reglamentaria que sigue a una demanda en la cual se lo plantea al magistrado por una causal determinada, no implica la revisión integral por el sentenciante de todos los demás antecedentes fácticos que pudieran conducir a la nulidad de esa misma disposición por otras causas no invocadas.

Así, mientras una decisión que declara la ilegalidad de una disposición reglamentaria fulmina la totalidad de la norma, operándose un cambio en el mundo jurídico a partir de la nulidad que se declara, el rechazo de una causal de nulidad no implica un certificado de exención de vicios del acto cuestionado, en particular respecto de otras materias postulables por terceros no intervinientes en el proceso, que no hubieran sido puestas bajo el ámbito cognoscitivo del juez del proceso, como ocurriría con la aplicación del reglamento a otras circunstancias (49).

Existe, por lo demás, otra razón de incuestionable peso para excluir a las sentencias desestimatorias, cual es que ellas no constituyen una especie de las sentencias constitutivas, tal como se indicó más arriba (50), sino que se presentan como sentencias mere declarativas, de modo que ni siquiera se podría iniciar la consideración de la extensión de sus efectos, al menos desde la perspectiva procesal que aquí se considera.

6.2. Esta misma conclusión correspondería adoptar respecto de la sentencia que estima la pretensión de nulidad por cuestiones relacionadas con la aplicación al caso de la disposición reglamentaria y no por una ilegalidad "inherente" al acto de alcance general. También aquí la decisión judicial sólo se puede referir al modo de aplicación del reglamento puesto en cuestión en el proceso sentenciado.

6.3. Enfrentado con estos dos supuestos, se da el del pronunciamiento estimatorio de la pretensión de nulidad, que se hallare fundado en una ilegitimidad per se de la disposición reglamentaria.

Pero en este ámbito todavía corresponderá considerar las siguientes situaciones diferenciales:

i) la situación de la Administración, que intervino en el proceso anterior y se enfrenta a un nuevo actor, pretendiendo —en palabras de Mairal— "relitigar" el punto;

ii) la situación de los terceros, ajenos al proceso, beneficiados por la declaración de nulidad que intentan el reconocimiento de tal situación por la Administración: a) respecto de actos no firmes, o b) respecto de actos consentidos o firmes, todos ellos basados en el reglamento ilegal;

iii) la situación de los terceros, ajenos al proceso, perjudicados por la declaración de nulidad que tuvieran derechos adquiridos al amparo del reglamento declarado ilegítimo, y la de aquellos que tuvieran derechos en expectativa con igual base;

iv) la situación de los terceros con intereses en concurrencia.

He formulado estas distinciones por cuanto me parece oportuno recordar que Liebman dedicó un enjundioso esfuerzo para distinguir entre la autoridad y la eficacia de la cosa juzgada, al señalar que "mientras la eficacia natural de la sentencia vale para todos, la autoridad de la cosa juzgada está limitada a las partes solamente; que, por consecuencia, las partes no pueden discutir la justicia de la sentencia, cuya eficacia es para ellas incondicionada, y sus efectos inmutables; los terceros, en cambio, deben sufrir, desde luego, los efectos de la sentencia, pero no incondicionalmente, ya que podrán rechazarlos cuando puedan demostrar la injusticia de la sentencia: si esta demostración prospera, la sentencia cesará de tener sus efectos respecto de ellos [...]. Esta diferente posición está suficientemente justificada por el hecho de que las partes, a diferencia de los terceros, han tenido la posibilidad de participar en la formación de la sentencia y de hacer valer en el proceso todas sus razones" (51).

Desde la perspectiva que ilustra este criterio, estimo conveniente detenerse en el examen de las situaciones descritas precedentemente.

7. La situación de la Administración pública, parte en el proceso.

La posición de la Administración pública, que hubiera sido parte en el proceso judicial en el cual se declaró la nulidad de una disposición reglamentaria, sobre la base de su ilegitimidad per se, se debe examinar teniendo en cuenta el concepto de unidad estatal.

Por cierto, a partir de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación registrada en "Fallos", 252-375, cuyo criterio fue repetido luego en numerosas oportunidades (52), la jurisprudencia y aun los precedentes administrativos han concluido que "El Estado nacional y aun la Administración pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendido como una unidad institucional, teleológica y ética (art. 86 de la Constitución nacional), criterio del que no puede prescindirse a la hora de encarar en cualquier forma, su representación", criterio que ha sido pacíficamente aceptado por los mismos precedentes administrativos (53).

Este criterio de unidad no puede ser soslayado por la Administración pública, que fue vencida en un proceso judicial en el que se declaró la nulidad por ilegitimidad per se de una disposición reglamentaria, intentando el replanteo de la cuestión en un nuevo proceso, por la sola circunstancia de la modificación de su contradictor legítimo, o de tratarse de la anulación de un acto de alcance general.

Adviértase que si el fundamento de la inoponibilidad a terceros de los efectos extrapartes de las sentencias constitutivas está dado por el respeto a la garantía de la defensa en juicio, tal extremo no podría ser invocado por la Administración que, aun cuando fuera bajo una forma distinta derivada de su descentralización orgánica o funcional, participó en el proceso y no puede pretender enervar la plenitud de los efectos de la sentencia.

Si no se admitiera esta conclusión, sería necesario predicar que la Administración recibe del sistema jurídico una situación de inusitada ventaja comparativa, que le permite escapar del alcance de la cosa juzgada con la mera invocación de criterios de organización, aniquilando el principio de igualdad jurídica que preside la situación de todos los individuos —aun el Estado— frente a la ley.

Por lo demás, entiendo que la Administración no se podría decir ajena al fallo dictado con su participación en el proceso anterior, ni eximida del efecto que esa cosa juzgada produce, en cuanto se refiere a la declaración de la ilegitimidad de una disposición reglamentaria en sí misma y no por su aplicación al caso, aun más allá del límite

subjetivo del proceso agotado, especialmente, a la luz de los criterios de conexidad o continencia que permiten predicar que "esa sentencia firme ha resuelto lo que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo juicio que se promueve" en los términos del art. 347, inc. 6, del Código Procesal.

Así, admitir que la Administración "relitigue" el punto en esta materia es tanto como establecer un ámbito en el cual se la hace inmune a la cosa juzgada, pero también significa autorizarla a invalidar un principio básico del derecho administrativo —de la "inderogabilidad singular de los reglamentos"—, cuestión sobre la cual volveré más adelante.

8. Los terceros beneficiados por la declaración de nulidad.

Admitir que una sentencia que declara la nulidad de una disposición reglamentaria per se hace cosa juzgada para la Administración, aun fuera del límite subjetivo del proceso originario, obliga a concluir que cualquier sujeto que reclame esa misma nulidad frente a ella estará beneficiado por el alcance de tal sentencia estimatoria.

Hay, aquí, un cruzamiento de efectos no extensivos —los referidos a la Administración—, y extensivos —los que comprometen a terceros— de la cosa juzgada.

En tal orden de ideas, los terceros ajenos al proceso en el cual se hubiera dictado la sentencia podrían esgrimir los efectos de la cosa juzgada contra la Administración —entendida ésta en cualquiera de sus caracterizaciones orgánicas o funcionales— predicando que se trata de un único e igual sujeto de derecho, vencido por la sentencia que declaró la nulidad de la disposición reglamentaria y que ejerció, en ese proceso, su derecho de defensa en juicio, por lo cual le resulta aplicable la cosa juzgada en el marco de los nuevos límites que establece el art. 347, inc. 6, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya citado.

La conclusión adoptada se debería seguir aun para el caso de los actos administrativos que, basados en el reglamento declarado ilegal, estuvieran firmes y consentidos, en tanto la revocación generara beneficios para los administrados.

Esta conclusión no es más que la aplicación de los principios generales a la materia que nos ocupa.

Por cierto, es bien conocido que las causales que habilitan la revocación del acto administrativo regular, contenidas en el art. 18 de la ley 19.549, son aplicables también al acto administrativo irregular (54).

A partir de tal presupuesto, se debe seguir que el acto administrativo irregular puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa, si esto favorece al administrado sin causar perjuicio a terceros, extremo que ocurriría en la especie que ahora examinamos (55) y que haría procedente la revocación en sede administrativa de los actos firmes, exigida, por otra parte, por su ilegitimidad, derivada de la del reglamento que les diera causa jurídica.

9. Situación de los terceros perjudicados por la nulidad.

En este supuesto, vale recordar los criterios doctrinales ya transcritos, relacionados con la impertinencia jurídica de prevalerse de la extensión de los efectos de una sentencia, aun constitutiva, para infligir un "perjuicio jurídico" a los terceros que no hubieran participado en el proceso anterior.

El razonamiento parece sencillo. Así como la sentencia tiene toda su autoridad y eficacia respecto de la Administración, que fue parte en el proceso y pudo defender su derecho, no se puede reclamar igual resultado en relación con los terceros que no intervinieran en el juicio, cuyo derecho de defensa se debe respetar, cuando se intenta obtener un efecto gravoso a su respecto de la extensión de los alcances de la cosa juzgada (56).

Sin embargo, es preciso detenerse nuevamente en el alcance del concepto "perjuicio jurídico" para determinar cuál es el contenido que cabe atribuir a los términos "efecto gravoso" en la especie.

En tal sentido, entiendo que sólo podrá tener un "perjuicio jurídico", en el caso, aquel que cuente con un derecho subjetivo que se esté cumpliendo, a partir de un acto administrativo firme y consentido, que tuviera su causa en el reglamento declarado ilegal.

No se hallará en la misma situación quien tuviere derechos en expectativa, en tanto sería postulable a su respecto el mismo criterio que ha fijado la jurisprudencia, que ha establecido que el legislador tiene amplias potestades en cuanto a introducir cambios en las leyes, ya que la modificación de éstas no da lugar a cuestión constitucional alguna, ni existen derechos adquiridos a la simple inalterabilidad de las normas (57), criterio tanto más aplicable para el caso de la declaración judicial de nulidad de un reglamento por su ilegitimidad.

En este orden de ideas, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado caso "Monges" parecería confirmar lo antes expresado, puesto que la decisión de nuestro más alto tribunal de limitar los efectos de su decisión hacia el futuro, con la expresa mención de convalidar los derechos de quienes estaban cursando el sistema de ingreso que se declaraba ilegítimo sin habilitar nuevas inscripciones a su respecto, no puede tener otro sustento que el de salvaguardar los derechos subjetivos en ejercicio.

10. Situación de los terceros con intereses en concurrencia.

La declaración de nulidad de una disposición reglamentaria no siempre provoca efectos entre la Administración y los administrados.

Muchas veces, genera consecuencia en esferas de relación entre terceros.

Quizá uno de los ejemplos más característicos ha sido señalado por Grecco en su referencia al precedente de la Corte Suprema in re "Tejerina, Wenceslao, s./ Recurso de amparo" (58), ocasión en que se decidía sobre la legitimidad de un reglamento que establecía el modo de constitución de un tribunal calificador para un concurso público, en este caso, de docentes.

Sostiene el autor citado, a mi juicio con acierto, que si la decisión judicial hubiera invalidado el reglamento y, por ende, obligado a constituir un tribunal calificador distinto para el actor, no se podría predicar tal sustitución exclusivamente para este último, autorizando que el concurso tramite con dos tribunales. Parecería concluir de ello, sin dejar de destacar lo espinoso del tema, que correspondería aplicar tal decisión a todos los postulantes, aun si no hubieran sido citados al proceso.

Contra este criterio, cabría argumentar que la falta de citación de los demás interesados a los cuales se podría entender alcanzados por la disposición contenida en el art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, hubiera provocado la nulidad del proceso seguido.

Sin embargo, conviene recordar que la decisión judicial que declara la ilegitimidad de una disposición reglamentaria no reemplaza al acto administrativo de alcance general, sino, que simplemente resuelve su nulidad, de modo que corresponderá a la Administración —y no al Poder Judicial— dictar el nuevo reglamento que sustituya a la norma anulada con arreglo al principio de legalidad. En tal supuesto, parece claro que si los terceros no intervinientes en el proceso judicial resultaran "jurídicamente perjudicados" por el nuevo acto de la Administración, luego de la anulación del reglamento, tal decisión podría ser cuestionada por esos intervinientes, que no verían así afectado en forma definitiva e irreparable su derecho de defensa.

Por otra parte, no es ocioso recordar que la Administración puede derogar, modificar o sustituir sus actos de alcance general, de oficio o a petición de parte, en los términos establecidos por el art. 83 del Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, "sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados", disposición que no exige la citación previa de todos los eventualmente interesados, sino que, simplemente, pone a resguardo sus "derechos adquiridos". Adviértase que no se me escapa que la Administración debe cumplir, en todo caso, con lo dispuesto en el art. 1, inc. f, de la ley 19.549, resguardando el debido proceso adjetivo. Sin embargo, entiendo que la experiencia demuestra que la derogación de un reglamento no viene precedida de la citación por edictos a eventuales interesados para que ejerzan los derechos allí enunciados.

Coincido en que este mismo postulado lógico del reglamento, se puede predicar, a fortiori, respecto de la decisión jurisdiccional que declara la nulidad por ilegitimidad de un reglamento (59), pues la sentencia que declara esa nulidad —siguiendo las enseñanzas de Chiovenda— no hace más que sustituir a la voluntad de la Administración para declarar aquello que esta parte debió resolver en sede administrativa. Por lo demás, este criterio de interpretación de la jurisdicción se patentiza aún más —si ello se pudiera decir— en el caso del contencioso-administrativo y en el ejercicio del control jurisdiccional de la actividad administrativa.

De allí que entienda que esta afirmación se puede postular en forma genérica, en la medida en que no existieran derechos subjetivos que se estén cumpliendo, surgidos de actos de aplicación del reglamento que se hallaran firmes y consentidos.

Resulta mucho más dudoso establecer si, en tal caso —aplicación de los principios generales— la Administración debe acudir a la acción de lesividad para extinguir el acto o hacer cesar los efectos que aún subsistan, de modo obligatorio y en virtud de lo dispuesto en el art. 17 de la ley 19.549.

Una interpretación estricta de los principios de la ley y del carácter "manifiesto" de la nulidad de la disposición reglamentaria, podría llevar a pensar en la pertinencia de tal conclusión. La exigencia de la declaración como recaudo necesario para los efectos de la nulidad —derivada— del fallo "Pustelnik"— y los efectos hacia el futuro que, sobre la base de criterios de seguridad jurídica, se concibieron para la sentencia —en el caso "Monges"—, llevan a considerar que la Corte Suprema guarda un criterio diverso.

En efecto: en la ponderación de los dos fallos de la Corte se podría seguir una especial consideración para los valores de "confianza" y "seguridad jurídica" derivados de la titulada "presunción de legitimidad" de los actos públicos, que obligan a tener especial cuidado en la extinción de derechos nacidos a su amparo en favor de terceros de buena fe.

Adviértase que si bien el principio de legalidad exige desterrar del mundo jurídico los efectos de los actos irregulares, entre los cuales cabe citar a aquellos que encuentran causa jurídica en un reglamento declarado ilegal, también obliga a la protección de los derechos adquiridos, tanto en el dictado de los actos administrativos a los que se pretenda dar efectos retroactivos (art. 13 de la ley 19.549), como en la derogación de los actos de alcance general (art. 83 del reglamento ya citado).

La consideración de los aspectos prácticos de la cuestión no permite una solución más clara. Así, todos podríamos coincidir en el criterio resuelto por la Corte Suprema en el caso "Monges", por entender que se debe salvaguardar la confianza depositada por los alumnos, en unas u otras autoridades universitarias, en aras de proteger los derechos resultantes de los cursos de ingresos iniciados y en desarrollo.

Sin embargo, el criterio podría no ser idéntico si se pensara en un reglamento que, con claro vicio de incompetencia, autorizara el pago de jubilaciones mayores al tope establecido por las leyes previsionales para cierta categoría de personas, cuando se hubieren otorgado tales beneficios por actos firmes y, posteriormente, declarado la nulidad de la disposición reglamentaria por sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada. En este supuesto, los efectos agotados del acto se podrían considerar inamovibles, pero qué decir de los efectos futuros. ¿Se debería mantener un beneficio previsional ilegítimo, respecto de los haberes futuros, cuando su causa fue un reglamento ilegal? En este supuesto, la respuesta es bastante menos sencilla que en el párrafo

anterior.

No me parece útil pretender aquí una diferenciación de supuestos a partir de la supuesta notoriedad del vicio, de la evidencia de la nulidad o del conocimiento que pudiera haber tenido de ella el administrado. Lo cierto es que la presunción del conocimiento de la ley muestra su arbitrariedad más cabal en estos ámbitos del derecho administrativo, por lo cual mal se podría pretender endilgarle más consecuencias jurídicas, que normalmente operan contra el más desprevenido y desprotegido en las relaciones jurídicas.

Es aquí donde la presentación de soluciones generales resulta más difícil. Estimo, no obstante, que es menester privilegiar la defensa de los derechos adquiridos derivados de actos firmes y consentidos, puesto que su manutención operará como resguardo del principio de confianza y de seguridad jurídica y, a la vez, como condena de daños y perjuicios contra la Administración pública, causante de la ilegitimidad, quien, eventualmente, podrá —tal vez en algún tiempo se puedan hacer realidad las acciones de regreso— repetir lo pagado de los funcionarios que hubieran dictado o refrendado los reglamentos ilegítimos.

11. Situación de los demás tribunales. Quid de la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

11.1. Parece claro que la aplicación de los criterios expuestos previamente determina, de algún modo, la conducta que deberán adoptar los magistrados en los procesos posteriores, en tanto se opusiera excepción o defensa de cosa juzgada.

Sin embargo, corresponde detenerse en la consideración de los casos en que tal defensa o excepción no fueran opuestas.

En este sentido, es oportuno recordar que el art. 347 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece: "La existencia de cosa juzgada [...] podrá ser declarada, de oficio, en cualquier estado de la causa", criterio que resulta obviamente aplicable a la "continencia", "conexidad", "accesoriedad" o "subsidiariedad" contempladas por el mismo artículo en su inc. 6.

Por ello, estimo que corresponderá a los magistrados decidir de oficio la existencia de cosa juzgada en los casos que nos ocupan, aun a falta de planteamiento de las partes (60).

11.2. La doctrina ha considerado que una de las cuestiones que entorpece la admisión de los efectos "extrapartes" de las sentencias que admiten la pretensión de nulidad "inherente" de disposiciones reglamentarias, está dada por la multiplicidad de magistrados que caracteriza a nuestro sistema judicialista, que podrían dar lugar a sentencias contradictorias (61).

Tal vez contestando a algunas de estas consideraciones ha señalado Cassagne, aludiendo al otorgamiento de efectos extrapartes del fallo, que "esa posibilidad, sólo cabría reconocerla en cabeza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o bien, del tribunal superior de la causa en el orden federal, cuando se tratare de una sentencia firme y definitiva, a fin de concretar la función de control de legalidad o constitucionalidad que cumple la Justicia con respecto a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo", sin que quepa soslayar que este autor propone tal solución en el contexto de una eventual norma legal a dictarse para regular la materia, que zanje, definitivamente, los problemas que el caso suscita.

Para ponderar la conveniencia de la adopción de estos criterios, cabe tener presente, a mi juicio, que el art. 108 de la Constitución nacional establece que el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación, de lo cual se debe colegir que atribuye la jurisdicción, en su totalidad, a cada uno de estos tribunales y no sólo a la Corte Suprema. Los tribunales inferiores no ejercen su jurisdicción por delegación de la Corte Suprema de Justicia, sino por competencia atribuida por la Constitución nacional y las leyes dictadas en su consecuencia.

De modo que, en la medida de la competencia que le atribuyen las leyes, cada uno de los tribunales del país ejerce la totalidad de la jurisdicción como función del Estado, sin que sea posible reconocer diferencias cualitativas a ese ejercicio, especialmente cuando no tienen sustento legislativo.

Por aplicación de estos criterios, una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, emanada de un tribunal de primera instancia, es representativa de la voluntad del Estado en su función jurisdiccional, con idéntica eficacia y autoridad que la emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No me parecen decisivos los cuestionamientos realizados por Mairal en la especie. Entiendo que, ciertamente, un fallo de primera instancia puede quedar firme en la declaración de ilegalidad "inherente" de una disposición reglamentaria y tener efectos extrapartes, e imponerse como tal a una jurisprudencia desestimatoria —y, por ende, de efecto limitado al caso, según se ha visto— anterior o de tribunales de segunda o tercera instancia.

Idéntica circunstancia podría ocurrir en los casos de sentencias con efectos limitados al caso, sin que hubiera merecido mayores objeciones. Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial debería declarar de oficio el rechazo de una pretensión por cosa juzgada, si advirtiera que lo resuelto ha sido materia —contenida, accesoria, conexa o subsidiaria— de un proceso anterior resuelto por una sentencia de primera instancia firme, aunque tuviera jurisprudencia contraria al respecto, o los fallos de la Corte Suprema admitieran una interpretación diversa (arg. art. 347, in fine, C.P.C.C.).

De otro modo, el criterio que se postula llevaría a rechazar el instituto de la cosa juzgada respecto de las sentencias de los tribunales inferiores, o a establecer jurisdicciones provisionales y de segunda clase —la de los tribunales inferiores—, supeditada a su conformidad con jurisdicciones definitivas y de primera clase —la de los tribunales superiores—, extremo que contradice, en mi opinión, la letra y el espíritu de la Constitución nacional.

Es cierto que la Administración podría interponer tardíamente un recurso, y dejar firme, de tal modo, una sentencia anulatoria con efectos extrapartes. Pero también podría contestar tardíamente una demanda ante la Corte Suprema, o perder la producción de pruebas sustanciales por negligencia, con idéntico resultado. No se advierte por qué razón excluir las consecuencias jurídico-procesales del incumplimiento de determinadas cargas, cuando ellas se mantienen para otros litigantes u otros procesos, introduciendo una distinción que la ley no postula.

Pero, además, no es ocioso considerar que limitar el alcance del efecto extensivo de las sentencias a los casos en que hubieran sido emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejará en manos del perdedor arribar o no a esta consecuencia, toda vez que sólo el agraviado podrá acudir a nuestro más alto tribunal, y no lo hará cuando su recurso se enfrenta con el riesgo de dar tal efecto adicional a una eventual sentencia confirmatoria contraria a sus intereses.

De allí que, a mi juicio, la postulación —al menos, en el estado actual de nuestra legislación procesal— supondría dejar librado al criterio de un litigante —para colmo, el que litigó sin derecho y por ello fue perdidoso— la facultad de determinar los alcances del fallo que perjudica sus intereses.

11.3. Finalmente, no podría dejar de considerar que la Administración cuenta con un elemento de invaluable eficacia para superar el efecto "extrapartes" de la sentencia que declara la nulidad de una disposición reglamentaria por su ilegitimidad, cuando estima que ese fallo firme resulta contrario a derecho, y que si relitigara el punto obtendría una sentencia favorable. Por cierto, ella puede dictar un nuevo reglamento de sustancia y contenido iguales al que considera indebidamente declarado ilegítimo, y plantear la defensa judicial de la legitimidad del nuevo acto.

Se me podrá endilgar que del modo propuesto, por una vía elíptica, se arribaría a idéntico resultado que el de limitar los alcances del fallo a las partes del proceso. Sin embargo, ello no es así.

En primer término, porque el dictado de un nuevo reglamento por parte de la Administración exigirá el cumplimiento de un procedimiento previo y necesario, en el cual —entre otros— se deberá cumplir con el recaudo del dictamen jurídico (art. 7, inc. d, de la ley 19.549), asesoramiento que no, podrá eludir su referencia al fallo y las razones que justifican considerar que el planteo de una nueva acción concluiría de manera diversa.

En segundo lugar, porque el riesgo del funcionario emisor de la nueva disposición reglamentaria estará altamente condicionado por los contenidos del art. 248 del Código Penal de la Nación, que condenan la conducta del funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las Constituciones o leyes nacionales o provinciales, elemento disuasivo que limitaría los casos de emisión de nuevos actos de alcance similar al declarado nulo a aquellos supuestos de manifiesta legalidad.

En tercer término, porque aun sin la eficacia directa de la cosa juzgada, el precedente judicial anterior será indudablemente un elemento de peso en el proceso judicial que se forme sobre la legalidad del nuevo acto.

II. UNA PRIMERA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. Los DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA Y LOS ALCANCES DE LA SENTENCIA.

La senda que transita el derecho procesal, en el campo de la ampliación de los alcances de la cosa juzgada, ha cobrado una particular actualidad en los últimos tiempos, a partir del reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva, tal como lo destacó. Morello (62).

1. Derechos de tercera generación.

En el Congreso Internacional Extraordinario de Derecho Procesal, realizado en ocasión del noveno centenario de la Universidad de Bolonia, en 1988, el doctor Luis Favoreau, haciendo referencia a la protección judicial de los intereses, distinguía a los derechos de primera generación —los llamados derechos liberales clásicos— de los de carácter económico-social o de segunda generación, que surgieran después de la Segunda Guerra Mundial —referidos a la asociación gremial y empresaria, a la huelga, a la previsión social, etc.—, para separarlos de los derechos de tercera generación, nacidos más tarde y a partir de los conceptos de organización internacional, los valores objetivos de la paz, el desarrollo humano y el progreso social. Entre éstos, se podrían situar la condena universal a la tortura, el genocidio y la discriminación racial, y los derechos consecuentes (63).

Allí, el profesor Favoreau incluyó en esta tercera generación de derechos a los del ambiente. Más tarde, otros consideraron que se debía situar a estos últimos en una cuarta generación.

2. Intereses colectivos e intereses difusos.

En este contexto, desde hace varios años se viene hablando de los derechos de incidencia colectiva como comprensivos de dos variables diferenciadas, a saber: los intereses colectivos y los intereses difusos.

Los intereses colectivos reconocerían como titular a un sector de la sociedad, caracterizado como unidad jurídica, mientras que los intereses difusos partirían de un concepto individualista del derecho subjetivo tutelado, aun cuando su titularidad se amplía sobre bases fácticas y de manera "difusa" —valga la reiteración—, por la circunstancia de pertenencia a un medio determinado y cuya suerte tiende a ser común (64).

Esta misma distinción se realiza en la ley federal 8078 de la República Federativa del Brasil, dictada el 11 de setiembre de 1990, que, aprobó el Código de Defensa del Consumidor.

En el art. 81, inc. 1, de este Código, se asevera que los intereses o derechos difusos son los trasindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho, mientras que en su inc. 2 se reconoce como derechos colectivos a aquellos trasindividuales de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base (65).

No es mi intención postular que todos estos intereses resultan una creación contemporánea. Baste para contrarrestar esta última idea, lo expuesto por Scialoja en su Procedimiento civil romano, que es traído a colación por Grecco, en su Ensayo preliminar sobre los denominados intereses difusos o colectivos y su protección judicial (66).

Tampoco pretendo ingresar en una discusión de contenido terminológico, especialmente teniendo en cuenta la importancia de las opiniones doctrinales vertidas para aclarar los conceptos y su fundamentación (67).

Sin embargo, no puedo dejar de destacar que la apreciación de la realidad cotidiana me presenta a estos derechos de incidencia colectiva —en cualquiera de esas dos categorías señaladas— como intereses cuya titularidad no pertenece a ese ámbito difuso —relacionado por los hechos— ni a la comunidad o colectivo —de base relacional jurídica—, sino a cada uno de los individuos que conforman esos círculos.

El vecino afectado por una agresión al ambiente —en los términos del fallo "Schroder", que abrió brecha en esta materia (68)—; el destinatario de una norma o una acción discriminatoria por razón de su religión, condición física o clase social —como ocurriera en el caso "Labatón" (69)—; el usuario de un servicio público afectado por un viciado proceso para prorrogar el período de exclusividad de las licenciatarias —en el marco del precedente "Yousefian" (70)—, o el consumidor afectado por una publicidad desleal, no invocan ni ejercen los derechos que les reconocen los nuevos textos constitucionales como integrantes del "ámbito difuso ligado por situaciones de hecho" o del "grupo o clase ligada por una relación jurídica base".

Estos justiciables no acuden a la judicatura en representación de terceros; lo hacen como únicos titulares de sus derechos a la protección del ambiente, a la no discriminación, a la defensa del usuario o a la protección del consumidor (71).

Hace poco tiempo, Andrés Gil Domínguez, comentando un fallo del Tribunal Superior de La Pampa, recordaba la opinión del constitucionalista español Antonio Manuel Peña Freire, indicando que el estado constitucional de derecho se estructura sobre la base de tres factores relevantes: a) la supremacía constitucional; b) la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo al derecho de todos los poderes públicos, y c) la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute y efectividad de los derechos humanos (72).

Entiendo que la evolución que registran las ideas sobre la vida, la dignidad y las relaciones sociales del hombre impiden que se utilicen los conceptos clásicos como si no hubiera existido transformación alguna, extremo que es particularmente predicable para el concepto de derecho subjetivo, en cuanto representativo de un interés individual y concreto (73).

3. Imposibilidad o improponibilidad de la reparación individual.

En este marco evolutivo, creo que no es desde la perspectiva de la titularidad que los nuevos derechos se diferencian de los derechos clásicos de primera generación, y mucho menos, respecto de los derechos sociales de segunda generación. Sí se podría decir que, a diferencia de los derechos liberales, los derechos de segunda y tercera generación no resultan de ejercicio excluyente o monopólico por un sujeto. Así se advierte, por ejemplo, con el derecho de huelga, o el de asociación y representación gremial, o aun de los contenidos en nuestros arts. 41 y 42 de la Constitución, extremo que, en modo alguno, supone admitir que sea exigible la representación de una pluralidad de sujetos como condición para su ejercicio o requerir su tutela jurisdiccional.

He dicho antes de ahora —y reitero aquí— que aquello que hace singulares a estos nuevos derechos es que su protección judicial, especialmente cuando las acciones que se intentan procuran evitar que se ocasione o prosiga el perjuicio o que se repare el daño en especie, no se puede dar en iguales términos que la protección de los derechos clásicos, esto es, otorgando a cada justiciable la protección de su esfera de interés particular. Porque el ambiente, el consumidor, el usuario, la igualdad racial, religiosa o étnica, como regla generalísima y salvo contadas excepciones, no se pueden proteger sino en relación con toda una categoría de sujetos, independientemente de que éstos hayan o no reclamado la protección, ya que la solución que se otorga a los reclamantes necesariamente comprende a los demás, como condición de su eficacia (74).

Me apresuro a destacar que no es imposible, en algunos de estos casos, realizar una defensa individual del interés cuyo resguardo se solicita; el problema es que el otorgamiento de tal protección individual no da contestación al caso sometido a la jurisdicción, que contempla un interés necesariamente participable a terceros. El fallo que condenara a Repsol a trasladar a un vecino de Comodoro Rivadavia cercano a un lugar en que hay efluentes hidrocarbúricos, al Parque Nacional Nahuel Huapi, y al pago de los gastos necesarios para que inicie allí, una nueva vida, en modo alguno es congruente con el reclamo de la defensa de la protección de un ambiente sano y equilibrado, en los términos del art. 41 de la Constitución nacional. Contrariamente, la decisión judicial que atienda la protección de tal derecho no se podrá limitar a recomponer el ambiente exclusivamente al actor.

Así, mientras esos derechos parecerían poder esgrimirse ante muchos titulares, los obligados a respetarlos parecen enfrentarse a una carga común frente a todos sus acreedores.

4. La protección de los intereses de incidencia colectiva: un caso de sentencia con efectos "extrapartes".

Desde esta perspectiva, es necesario concluir, a mi juicio, que la admisión de los nuevos derechos incorporados a la Constitución —especialmente en los arts. 41 y 42 y la protección jurisdiccional que se les otorga, explícita e implícitamente en el art. 43, según se verá más adelante— exige admitir el dictado de sentencias que, en sus efectos, trascienden del interés exclusivo de los litigantes y se aplican a terceros.

Se podría decir que estos terceros que no fueron parte en el proceso no podrían invocar los efectos de la cosa juzgada en su favor. Sin embargo, me parece que una mirada atenta hacia la realidad impide postular este criterio.

Todos sabemos que la eficacia de la cosa juzgada comprende, por una parte, la posibilidad de peticionar sobre la base de la sentencia, obligando al juez a respetar en todas sus resoluciones el contenido del fallo; y, por la otra, la imposibilidad para el vencido de replantear la misma cuestión en un proceso posterior (75).

Pues bien: ante una sentencia que condenó a una empresa a cesar en la acción de verter desechos sobre una vía fluvial, en el contexto de una acción ejercida en los términos de los arts. 41 y 43 de la Constitución nacional, por un vecino afectado, me parece absolutamente contrario a la lógica que en caso de fallecimiento del actor individual —sin sucesores— tuviéramos a esa sentencia como inejecutable y consideráramos que la empresa no está inhibida para continuar vertiendo los desechos porque nadie está legitimado para reclamar la vinculación positiva de la cosa juzgada.

Al contrario: estimo que cualquier otro afectado, o aun los demás legitimados en los términos del art. 43, parte segunda, de la Constitución nacional, podría acudir al mismo proceso solicitando, por sí, la ejecución del fallo pasado en autoridad de cosa juzgada, en los mismos términos reclamados por el actor originario. Entiendo que, en tal supuesto, el demandado no se podría oponer a tal pretensión invocando falta de legitimación sustancial en el nuevo partícipe procesal, por su aparente ajenidad al proceso original. Y tengo bien en cuenta que esta formulación implica extender los alcances de la sentencia fuera de los límites subjetivos, clásicos en favor de un tercero que no fue parte formal del proceso.

Subrayo esta condición de "parte formal" porque el interés jurídico de ese tercero, ahora reclamante, fue

considerado en la sentencia que resolvió el caso de un derecho de incidencia colectiva, aun cuando, aquél no, hubiera sido el demandante, pues según hemos visto y por su propia esencia, el derecho de incidencia colectiva, esgrimible por cualquier afectado como titular, sólo es tutelable en un contexto plural.

Adviértase, pues, que la admisión del alcance extrapartes de estas sentencias no se relaciona con los efectos "indirectos" de la cosa juzgada, que surgen de la presunción de su validez. En el caso, no hablamos de la eficacia natural de la sentencia, que vale para todos, sino a su autoridad directa en favor de los terceros y frente a las partes del proceso.

Debo apresurarme a destacar que en este discurrir no olvido que resulta mucho más dificultoso predicar estos postulados extensivos del alcance de la sentencia para los efectos gravosos del proceso respecto de quienes no han sido parte en él. Por cierto, el cercenamiento de los derechos de un individuo no convocado a la litis, por la sola condición de su integración al grupo de pertenencia del interés difuso o colectivo desestimado en la sentencia, crispa nuestra conciencia jurídica.

Esta circunstancia, sin embargo, no es más que la confirmación de aquello que vengo afirmando respecto de las especiales características de la titularidad de estos derechos. Por cierto, si cada afectado es titular por sí del derecho de incidencia colectiva, y no ejerce su acción en representación de la clase, no se le podrían endilgar los efectos gravosos de la sentencia a los individuos que no fueran parte del proceso. En cambio, si reconocemos en el obligado una carga común e indivisible frente a todos los sujetos, parece claro que éste no se podría desligar de su responsabilidad frente a la sentencia estimatoria, aun ante terceros ajenos al proceso, pero titulares del mismo "crédito de incidencia colectiva".

En este marco, la solución no es novedosa en el derecho. Así, podríamos acudir a la aplicación de los arts. 686 y 687 del Código Civil, para señalar que "cualquiera de los acreedores originarios, o los que sean por sucesión o por contrato, pueden exigir de cada uno de los codeudores, o de sus herederos, el cumplimiento íntegro de una obligación indivisible", mientras que "sólo por el consentimiento de todos los acreedores, puede remitirse la obligación indivisible o hacerse una quita de ella".

Se advierte, pues, que el establecimiento de situaciones jurídicas diversas en el tratamiento de relaciones jurídicas comunes no resulta exclusivo del ámbito de los derechos de incidencia colectiva, como tampoco lo es en el de la impugnación de las disposiciones reglamentarias.

De lo expuesto, se sigue que el reconocimiento de la existencia de derechos de incidencia colectiva y de acciones para reclamar su protección jurisdiccional, contenido en la reforma de la Constitución nacional, implicó la admisión del dictado de sentencias judiciales que trascienden, en sus efectos directos y para dar solución al "caso", el límite subjetivo clásico de la relación procesal.

5. El amparo y las vías judiciales o administrativas ordinarias.

A esta altura, será necesario recordar que nuestro sistema jurídico procesal ha sido organizado sobre la base de reconocer acción —en forma genérica— para la defensa de todos los derechos. A diferencia del antiguo derecho romano, no se puede hablar en nuestro ordenamiento de acciones individuales, vinculadas a determinadas situaciones o relaciones jurídicas. El solo reconocimiento de un derecho implica el reconocimiento de la correlativa acción judicial para su defensa.

Con este presupuesto, se debe reconocer que el amparo constituye un remedio excepcional que implica privilegiar a una acción genérica, a partir de la tutela que el ordenamiento prevé para los derechos surgidos de la Constitución nacional, de los tratados internacionales o de las leyes, y de la circunstancia de revelarse inidóneos los procedimientos judiciales previstos por ese mismo ordenamiento para su salvaguardia (76).

Así, el amparo no es un nuevo derecho ni una nueva acción procesal, sino tan sólo la misma acción ordinaria

privilegiada en su tratamiento procedimental.

De tal afirmación se debe seguir que la legitimación procesal otorgada al defensor del pueblo y a las asociaciones, en el art. 43 de la Constitución nacional, para la interposición del amparo en defensa de derechos de incidencia colectiva, lejos de impedir, reclama que se habilite también la aptitud adjetiva de estos representantes promiscuos para promover acciones ordinarias.

Entiendo que la jurisprudencia se terminará inclinando en favor de esta tesis, que ha empezado a transitar, a mi juicio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al recoger un dictamen de la Procuración General de la Nación y habilitar a la Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina a promover una acción declarativa en defensa de los derechos del consumidor (77) y que fue seguido más tarde por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, por medio de su Sala IV, en una demanda presentada por la Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la República Argentina (78).

No se me oculta que tales precedentes, al admitir las presentaciones de estas asociaciones, han destacado la asimilación de las acciones declarativas con la acción de amparo. Sin embargo, entiendo que cuando las circunstancias procesales lo exijan, se deberá ampliar este criterio también para otorgarles legitimación procesal en la promoción de acciones de conocimiento no abreviado (79).

Pero entiendo necesario poner de relieve que la circunstancia de considerar que la legitimación que se otorga al defensor del pueblo y las asociaciones es de naturaleza procesal, obliga a exigir que sus presentaciones acrediten la existencia de eventuales afectados por los actos que se cuestionan, a quienes se dice representar.

Estimo, por lo demás, que esta misma habilitación procesal —que aparece complementada por las disposiciones de la ley 24.240 para las asociaciones de consumidores, y por el art. 86 de la Constitución nacional para el defensor del pueblo— los habilita también a plantear ante la propia Administración la impugnación directa de un acto de alcance general que pudiera vulnerar derechos de incidencia colectiva, en forma cierta o inminente, en los términos del art. 24, inc. a, de la ley 19.549.

Adviértase, en este sentido, que los derechos de incidencia colectiva han dejado de pertenecer a las categorías difusas y se han insertado como verdaderos derechos dotados de protección jurisdiccional por el mismo texto constitucional. Tanto es así que desde esta perspectiva de la tutela judicial, deberíamos considerarlos comprendidos hoy en la nueva enumeración de derechos subjetivos, bien que aclarando que —como ocurre con los derechos de segunda generación— no representan a un interés individual estricto y excluyente, como el de los derechos subjetivos clásicos.

Esta asimilación me lleva a considerar que no cabe diferenciar en el grado de afectación exigido para impugnar un reglamento mediante la acción de amparo del art. 43 de la Constitución nacional y el requerido para hacerlo por medio de los procedimientos ordinarios de impugnación y la posterior acción contencioso-administrativa, pues en ambos casos se trata de la afectación de derechos.

La referencia del art. 24, inc. a, de la ley 19.549, a "derechos subjetivos" se debe considerar, en este contexto, extendida a los derechos de incidencia colectiva comprendidos por los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional. Así lo prevé —correctamente, a mi juicio— el art. 7, inc. a, del nuevo proyecto de Código Contencioso-Administrativo de la Nación, que tuvo media sanción en el Senado de la Nación hace pocos meses, cuando alude como recaudo para la interposición del reclamo a la afectación, a "derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico".

De no seguirse este criterio, se debería admitir que el afectado o el legitimado para la defensa de un derecho de incidencia colectiva podría plantear la impugnación directa de una disposición reglamentaria por vía de acción judicial ordinaria o de amparo —por aplicación de lo dispuesto en los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional— y no podría, ante idéntica hipótesis, deducir el reclamo administrativo que le permitiera obtener

idéntica defensa en la vía administrativa.

Me apresuro a destacar, sin embargo, que sí procede distinguir entre todas estas vías, en dos aspectos trascendentales para la procedencia del amparo, a saber: el carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad en la disposición reglamentaria que se impugna, y la inexistencia de otras vías judiciales idóneas para obtener la tutela jurisdiccional suficiente.

6. Interpretación auténtica de los textos constitucionales.

Las consideraciones de los apartados anteriores traen importantes consecuencias en orden a la hermenéutica que corresponde asignar a los textos constitucionales originarios y actuales.

Por cierto, cabe recordar que la reforma constitucional de 1994 fue realizada en el marco de la ley 24.309, dictada conforme a lo dispuesto por el art. 30 de nuestra ley suprema.

Dicha ley, en sus arts. 4 y 6, estableció: "La Convención Constituyente se reunirá con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluídas en el núcleo de coincidencias básicas y los temas que también son habilitados por el Congreso Nacional para su debate, conforme queda establecido en los arts. 2 y 3 de esta ley de declaración", y: "Serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los arts. 2 y 3 de la presente ley de declaración".

La lectura de los citados arts. 2 y 3 obliga a concluir que no se autorizó a la Convención Constituyente a reformar la ley suprema de la Nación en lo que se refiere a las "atribuciones del Poder Judicial", de modo que cualquier disposición que implique la alteración de las atribuciones que la Constitución de 1853/60 otorgó a ese poder, resultaban fulminadas por la nulidad absoluta prevista en el art. 6.

De allí que si el constituyente de 1994, en un contexto en el cual no podía modificar las atribuciones conferidas al Poder Judicial, incorporó al texto constitucional derechos de incidencia colectiva que sólo podían ser objeto de la protección jurisdiccional por medio de pronunciamientos judiciales que trascendieran los límites subjetivos del proceso clásico, sólo se pueden seguir dos conclusiones: o esta reforma es nula, o la admisión de tales efectos extensivos de la sentencia no estuvo jamás prohibida por el art. 100 —hoy art. 116— de la Constitución nacional.

Las principales razones que autorizan a abogar por esta segunda alternativa son dos: la primera de ellas es el principio de la interpretación en favor de la validez de las normas, que obliga a preferir aquel sentido hermenéutico que permita dejar a todas las que integran el ordenamiento jurídico con igual valor y efecto (80).

La segunda es el propio texto de la ley 24.309, que fijó como temas habilitados a los de la protección del medio ambiente, la defensa de la competencia, del usuario y del consumidor, "protección y defensa" que —en el marco del Estado de derecho— indudablemente se deben considerar principalmente, referidas a la instauración de procesos judiciales, con las consecuencias que ya hemos visto. En este ámbito —y toda vez que la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se puede suponer como regla hermenéutica (81), criterio que se debe también predicar para el constituyente—, se debe seguir que la Convención Constituyente de 1994 interpretó que la admisión de un proceso jurisdiccional cuya sentencia trascienda de los límites subjetivos del proceso clásico no resulta incompatible con el texto del actual art. 116 (anterior art. 100) de la Constitución nacional.

Adviértase que esta afirmación no implica sostener que el Poder Judicial pueda realizar afirmaciones abstractas o pronunciarse en ausencia de una "causa" o "caso concreto", en los términos de ese mismo art. 116 de la ley suprema y de los contenidos de la ley 27. Pero sí exige reconocer que una "causa" o un "caso concreto" puede conducir a una sentencia que trascienda el límite subjetivo del proceso clásico, sin que ello implique violación

constitucional o legal alguna (82).

Habré de sostener, pues, que la admisión de la protección judicial de los derechos de incidencia colectiva, que exige el correlativo dictado de sentencias cuyos efectos se extiendan más allá del límite subjetivo clásico del proceso no implica violación alguna de las previsiones originarias ni actuales de la Constitución nacional.

De esta afirmación se puede seguir, con idéntico fundamento, que no existe óbice constitucional para otorgar similares efectos a las sentencias que admiten una pretensión anulatoria de disposiciones reglamentarias sobre la base de su ilegalidad.

III. SEGUNDA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

3.1. De modo previo a continuar con el examen de la cuestión planteada, estimo necesario detenerme en el paralelismo que se suele predicar respecto de la decisión que declara la nulidad de un reglamento por ilegitimidad, y aquella que declara la inconstitucionalidad de una ley (83) y que, a mi juicio, constituye una de las fuentes de los principales desvíos en el análisis que nos ocupa.

Por cierto, si bien hay casos en que la impugnación de un reglamento y una ley se asemejan (v.gr., cuando se plantea la inconstitucionalidad de su aplicación al caso sometido a la jurisdicción), en la especie que estamos considerando en este trabajo —esto es, cuando se cuestiona la validez de un reglamento por su ilegitimidad "inherente" o per se y no por la antijuridicidad de su aplicación—, las notas que caracterizan a la impugnación de tal acto de alcance general difieren sustancialmente de las que enmarcan el control de constitucionalidad de las leyes.

La impugnación de un reglamento ante la jurisdicción plantea, ordinariamente, su falta de legitimidad a partir de la exclusión de la voluntad de la Administración por error, dolo, violencia o simulación, o bien por la incompetencia de su emisor, falta de causa o falsa causa, ilicitud de su objeto, desviación de poder, o vicio en el procedimiento seguido para su emisión.

La comprobación de alguna de estas irregularidades genera la nulidad del reglamento, como acto administrativo por su ilegitimidad, en los términos del art. 14 de la ley 19.549, precepto aplicable por igual a actos administrativos de alcance individual y general, no sólo por la circunstancia de no haber formulado distinciones el legislador, sino también por resultar evidente que el título III de la ley 19.549 ha comprendido a ambas categorías de actos, como lo revela el contenido del art. 11.

Adviértase, pues, que la impugnación de un reglamento implica el sometimiento a la decisión judicial de los presupuestos y el procedimiento de la emisión de dicho acto, y ello resulta de la expresa y explícita voluntad de la ley a este respecto.

Distintos son los criterios que rigen la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. En efecto: la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "el Poder Judicial si bien tiene facultades para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, no las tiene para resolver sobre la forma cómo ellas han llegado a ser aprobadas por el Congreso. Conoce respecto a las leyes sólo una vez que ellas existen como tales, es decir, cuando son promulgadas o puestas en vigencia. Debe confrontarlas con la Constitución nacional en los casos en que sean argüidas de contrarias o repugnantes a la misma, pero no le corresponde estudiar el proceso interno de su examen y votación, o sea la forma cómo han sido sancionadas, para establecer si las Cámaras legislativas cumplieron o no con las exigencias constitucionales, pues ello importaría quebrantar el equilibrio de los poderes y una violación de la independencia de que goza el Poder Legislativo" (84).

Se deberá advertir, pues, que la situación del juez ante la ley inconstitucional y el reglamento ilegítimo es sustancialmente diversa. En el primer caso, sólo se puede plantear la aplicación de la ley y no su

inconstitucionalidad per se o "inherente", sino sólo en cuanto relacionada con su aplicación vinculada con los derechos cuya defensa se plantea en sede jurisdiccional. En la impugnación judicial del reglamento, el juez puede y debe conocer sobre los vicios que afectan a los recaudos y procedimiento de formación y sanción del acto, y que afectan a su validez general, aun cuando ese examen se realice en el marco de un caso concreto, limitado por la legitimación esgrimida por el justiciable.

La diferencia entre una y otra situación se revela notoriamente cuando se advierte que la declaración de inconstitucionalidad de la ley no se produce en un proceso que enfrente al Poder Legislativo con un ciudadano ante la jurisdicción, mientras que ello es, justamente, lo que ocurre con la impugnación judicial de una disposición reglamentaria, que tiene a la Administración pública —en cualquiera de sus formas— como legitimado pasivo necesario.

3.2. Se ha invocado reiteradamente a la doctrina de los precedentes judiciales de los Estados Unidos de América para poner de relieve que aquel sistema constitucional —del que abrevara nuestra ley suprema— sólo consiente la aplicación de los fallos en los límites subjetivos del caso sometido a decisión.

Sin embargo, como ha explicado Alberto Bianchi con el rigor científico que lo caracteriza, esta afirmación se diluye un tanto cuando se advierte el contenido y la evolución de una dualidad doctrinal inicial acerca de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos, que se ha traducido —desde hace razonable tiempo— en la circunstancia de admitirse que una ley pueda ser declarada inconstitucional on its face —con carácter manifiesto y que redunde en que no puede ser aplicada en ningún caso— o as applied to particular facts —hipótesis que en sus, efectos extiende la decisión únicamente entre las partes del proceso y se asemeja a la aceptada por nuestra doctrina y jurisprudencia constitucionales, en materia del control de constitucionalidad de las leyes— (85).

No obstante esta importantísima aclaración, que juntamente con otras que realiza el mismo autor permiten una visión más cercana de la realidad del derecho norteamericano, tengo para mí —en lo que interesa específicamente al tema aquí tratado de los alcances de la cosa juzgada— que parece colegirse de alguna doctrina estadounidense que ni siquiera la existencia de un tipo de impugnación "facial" permitiría invocar la extensión de los efectos de la cosa juzgada respecto de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Así, se ha señalado: "If a court holds a statute unconstitutional on its face, the state may not enforce it under any circumstances, unless an appropriate court narrows its application; in contrast, when a court holds a statute unconstitutional as applied to particular facts, the state may enforce the statute in different circumstances", agregando que "In recent years, the Supreme Court has purported to disfavor facial challenges" (86).

De todos modos, no es posible soslayar que el derecho norteamericano ha incorporado los efectos extrapartes de las sentencias, como ocurre en las acciones de clase, cuya regulación normativa expresa en tal derecho ratifica la inexistencia de prohibición constitucional de sentencias que trasciendan los límites de identidad subjetiva del proceso.

Sé que se podrá decir que la convocatoria al proceso a los integrantes de la clase justifica la extensión de los efectos del fallo a aquellos que no se presentaron a pedir su exclusión, en los términos de la regla 23 del derecho estadounidense.

Sin embargo, no se podrá dejar de reconocer que la idoneidad actual de los medios de notificación para arribar a todos los eventuales titulares de la clase impide afirmar con certeza que tal notificación concilie efectivamente, y más allá de la formalidad, el principio de la convocatoria con el de los alcances del pronunciamiento judicial.

Las razones expuestas, y la circunstancia de no haber conocido precedentes nacionales que aplicaran criterios similares a los últimamente expuestos respecto del control constitucional de las leyes en nuestro medio, me llevan a recalcar la importancia de distinguir, debidamente, al menos aquí, entre el control de constitucionalidad de las leyes y el control jurisdiccional de la actividad administrativa, aun cuando se ejerce respecto de los actos de alcance general a los cuales se ha reconocido sustancia materialmente legislativa o normativa (87).

En el primer caso, el poder jurisdiccional actúa con fundamento directo y exclusivo en la competencia que le otorga la propia Constitución nacional y como guardián de la supremacía de nuestra ley fundamental en el orden jurídico nacional. Al contrario, el control jurisdiccional de la actividad administrativa —aun la de naturaleza reglamentaria—, no sólo emana de las normas constitucionales, sino también de las leyes, sin que se pueda olvidar que éstas también tienen por objeto "poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al gobierno de la Nación Argentina" (88).

IV. ALGUNAS PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

1. Los alcances de la sentencia y el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos.

La doctrina nacional y la extranjera, con asiento en los principios del derecho constitucional y administrativo, han explicado que existe un orden de prelación que exige que los actos administrativos de alcance particular sean dictados conforme a las normas generales contenidas en los reglamentos cronológicamente anteriores, sin que esta regla se pueda excepcionar, por la mayor jerarquía del emisor del acto administrativo, en los cuadros de la Administración pública (89).

En otras palabras: se reconoce como regla que la Administración no puede derogar en forma singular y para un caso concreto una disposición reglamentaria, pues está sujeta al "bloque de legalidad" que sólo autoriza la derogación general de una norma de igual carácter.

Con la claridad expositiva que los caracteriza, García de Enterría y Fernández explican este principio, a la luz del art. 30 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de España, del 26 de julio de 1957, señalando que "la autoridad que ha dictado un reglamento y que, por lo tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio, mediante un acto singular, excepcionar para un caso concreto la aplicación del reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa", poniendo de relieve que este principio es aun aplicable para las autoridades de mayor jerarquía que el emisor de la disposición reglamentaria (90).

Más allá de marcarse aquí una nueva diferencia entre el control de constitucionalidad de la ley y el de la legalidad de los actos de la Administración por los jueces (91), entiendo que el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos resulta de especial importancia para el examen de la cuestión que ahora nos ocupa.

En efecto: si la administración pudiera limitar los alcances de la sentencia, dictada en un proceso en el que fue parte y ejerció su defensa, que declaró la nulidad per se de una disposición reglamentaria y pudiera exigir el cumplimiento de la norma frente a terceros, llevándolos incluso a la obligación de relitigar la cuestión, se la habilitaría —indirectamente— a realizar la derogación singular de un reglamento, con clara violación del principio de legalidad e igualdad que debe presidir el accionar administrativo.

Tomemos como ejemplo un reglamento que estableciera un adicional remuneratorio general y habitual para los militares en actividad, indicando que por sus características especiales —inexistentes— no se extendería a los militares retirados para la determinación de su haber de retiro, con violación de la ley aplicable (92). Supongamos que por decisión jurisdiccional pasada en autoridad de cosa juzgada se declaró la ilegalidad de la norma que prescribe no computar tales asignaciones como integrantes de la remuneración normal y habitual a los fines de establecer el haber de retiro. Si permitiéramos que la Administración invocara el exclusivo efecto interpartes de este fallo y obligara a relitigar el punto a cada uno de los militares retirados distintos del actor en el proceso donde se produjera el fallo, ello permitiría a la Administración mantener la vigencia del reglamento para algunos y excluirlo para otros, con agravio al principio de la inderogabilidad singular antes explicado, dado que se establecería una excepción singular a la aplicación de la norma general, que podría ser fuente de los más descarados abusos por parte del poder administrador (93).

Estimo —como se desprende del ejemplo— que la limitación de los efectos de la sentencia que declara la nulidad de una disposición reglamentaria a las partes del proceso implica autorizar a la Administración, por vía indirecta, a la trasgresión del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.

Tengo especialmente en cuenta que la doctrina ha advertido que la Administración no puede incumplir la ley inconstitucional, pero sí debe incumplir los reglamentos ilegales, aun por medio de actos singulares, pues la inderogabilidad singular no se aplica a las normas antijurídicas (94). Si ello es así, cuánto más habrá de predicarse respecto de los reglamentos cuya ilegitimidad per se o "inherente" resulta de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, derivada de un proceso en el cual la Administración pudo ejercer su derecho de defensa.

Parece necesario destacar que estos problemas no se presentan ante una declaración judicial que declare la ilegalidad del reglamento en su aplicación al caso, dado que tal decisión jurisdiccional en modo alguno supone predicar idéntica conclusión respecto de las demás aplicaciones de ese acto de alcance general, de modo que la continuidad de su vigencia no implicaría una tácita violación del principio de la inderogabilidad singular.

2. El proyecto de Código Contencioso-Administrativo.

Durante 1999 el Poder Ejecutivo remitió al Congreso de la Nación un proyecto de Código Contencioso-Administrativo Federal, que recibió media sanción en el Honorable Congreso de la Nación, cuya autoría correspondió a destacados juristas de nuestro medio.

El proyecto originario del Poder Ejecutivo (95) trataba la cuestión de los alcances de las sentencias que declaran la ilegitimidad de un acto de alcance general; en su art. 17 establecía que los efectos del fallo tendrían el mismo alcance que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, excepto cuando la acción hubiera sido interpuesta por el Ministerio Público, en cuyo caso tendrían efectos erga omnes.

La posterior tramitación del proyecto eliminó este último contenido del citado art. 17, que recibió media aprobación, con el siguiente texto: "La declaración de nulidad o de inconstitucionalidad de un acto de alcance general podrá emitirse a petición de parte en una causa judicial concreta, de la misma manera y con los mismos alcances con que se decide la inconstitucionalidad de las leyes" (96).

Entiendo que la redacción final del artículo, según quedó aprobada por el Senado de la Nación, resulta poco feliz.

En primer término, ya se ha indicado en este trabajo que la asimilación del control de constitucionalidad que ejerce el Poder Judicial, a pedido de parte, sobre los actos y normas de todo tipo que se integren al "caso" sometido a su decisión, es sustancialmente diversa al control de legalidad que ejerce ese mismo poder sobre la Administración. También se ha indicado que la declaración de inconstitucionalidad de la ley no es asimilable a la declaración de nulidad "inherente" o per se —según se examinó en este trabajo— de una disposición reglamentaria.

Se ha visto, todavía, que el derecho estadounidense conoce casos de sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley on its face y tienen efecto extrapartes, bien que destacándose que no parecen adquirir calidad de cosa juzgada en tal decisión respecto de terceros.

De allí que la equiparación de los efectos de la sentencia que resuelve la nulidad de una disposición reglamentaria a la de aquella que materializa el ejercicio del control de constitucionalidad por el Poder Judicial me parezca poco feliz.

El proyecto originario del Poder Ejecutivo reconocía efectos erga omnes a esa misma sentencia, cuando la pretensión había sido planteada por el Ministerio Público. Entiendo que para ello se tenía en cuenta la competencia constitucional atribuida a éste para la "defensa de la legalidad" y de "los intereses generales de la sociedad".

Sin embargo, estimo que esta redacción —encomiable por su carácter precursor en el derecho positivo expreso— peca por defecto.

Por una parte, se debería tener en cuenta que tal admisión obligaba a la correlativa aceptación de iguales efectos para todos aquellos que pudieran ejercer la defensa de intereses colectivos en el proceso, como ocurriría con el defensor del Pueblo y las asociaciones a que se refiere el art. 43 de la Constitución.

Pero me apresuro a destacar que tal solución también hubiera pecado por defecto, especialmente a la luz de todos los principios antes expuestos.

Es que el tema de los alcances de la sentencia no resulta un derivado de la mayor o menor amplitud de la legitimación del nuladicente, ni mucho menos de la representatividad procesal que pudieran atribuirle las leyes. Ese efecto es consecuencia de la naturaleza y del contenido del pronunciamiento judicial y la inadmisibilidad de pretender que la Administración pública, parte en el proceso en que se declarara la ilegitimidad de uno de sus actos de alcance general, pueda continuar su aplicación, especialmente en el marco de sus facultades de autotutela declarativa y ejecutiva, otorgándole un bill de indemnidad para violar reiteradamente la ley y constituyéndola en el único sujeto de derecho capaz de sortear los efectos de la cosa juzgada.

Se podrá discutir si la salvaguardia de los derechos de terceros ajenos al proceso exige detener los efectos del fallo a su respecto, cuando implique causarles un "perjuicio jurídico" que afecte —concurrentemente— sus derechos de propiedad y de defensa en juicio, pero de ningún modo aludir a la facultad de la Administración de relitigar el punto u obligar a los terceros beneficiados por la nulidad a hacerlo nuevamente frente a ella, como si se tratara —repito— de un especial sujeto de derecho, capaz de repeler la fuerza de la cosa juzgada y "probar suerte", nuevamente, con el mismo planteo en otra jurisdicción.

V. CONVENIENCIA PRÁCTICA DEL PRONTO TRATAMIENTO LEGISLATIVO.

Las conclusiones hasta aquí expuestas me llevan a postular que resulta innecesario, desde el punto de vista de la habilitación constitucional, el dictado de una ley que autorice al Poder Judicial de la Nación a dictar sentencias judiciales que excedan el límite subjetivo del proceso, en el marco de la solución del "caso" sometido a su decisión, extremo tan predicable para las sentencias que concretan la protección de derechos de incidencia colectiva, como para aquellas que admiten la pretensión de ilegitimidad de disposiciones reglamentarias.

Ello no implica dejar de reconocer que el legislador se debería abocar a regular las cuestiones prácticas que genera esta materia. Aspectos tales como la acumulación de procesos y la unificación de competencias, la creación de registros de acciones, la convocatoria a los afectados, la unificación de personerías o representación y las necesarias distinciones que se deben hacer frente a los intereses en competencia sea dentro de la clase o frente a terceros, respecto de los alcances del fallo, son algunos de los muchos temas que estas leyes deberían resolver, como hizo por ejemplo —en relación con algunos de ellos— la provincia de Tierra del Fuego, en los arts. 654 a 662 de su Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero.

(1) El examen del tema ha sido profundamente realizado por Carlos M. Grecco en su *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988; también por Héctor Mairal, *Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento*, "Rev. Der. Adm.", n° 2, ps. 223 y ss.; Juan C. Cassagne, *Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general*, "E.D.", 131-911; Tomás Hutchinson, *La impugnación judicial del reglamento*, "R.A.D.A.", 1975, n° 9. No se podría dejar de citar, también aquí, a Jorge Tristán Bosch, *Tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública*, Buenos Aires, 1951.

(2) La inclusión del reglamento entre los actos administrativos de alcance general, independientemente de su sustancia normativa, es reconocida por la generalidad de la doctrina, sin que ello implique afirmar que agoten ese género de los actos administrativos (cfr. Guillermo Andrés Muñoz, *Impugnación del reglamento*, en G. A. Muñoz y C. A. Grecco, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, de Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999,

ps. 631 y ss.; Juan Carlos Cassagne, Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general, "E.D.", t. 131, ps. 911 y ss., en particular punto II).

(3) Carlos Grecco, Impugnación de disposiciones reglamentarias, ob. cit., p. 70 y nota 71.

(4) K. Popper, La sociedad abierta y sus enemigos.

(5) Ver Juan C. Cassagne, Acerca de la eficacia erga omnes de las sentencias anulatorias de reglamentos, "E.D." del 26 de noviembre de 1999. Resulta de singular utilidad en esta materia, aun cuando trata la cuestión de manera incidental, lo expuesto por Alberto Bianchi en Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos), publicado en el diario de jurisprudencia y doctrina "El Derecho" del jueves 28 de octubre de 1999, no sólo por su rigor científico, sino también por sus abundantísimas referencias a antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios, algunas de las cuales gentilmente ha puesto a mi disposición para la redacción de este artículo.

(6) Ver La impugnación de actos administrativos de alcance general, "E.D.", t. 148, ps. 853 y ss. En aquella oportunidad me referí, incidentalmente, al tema del alcance de las sentencias con un criterio que he modificado parcialmente, a partir de mayores estudios sobre la cuestión, en los términos que expondré en este trabajo. Reservo también para mí, como me recordó una colega hace pocos días parafraseando a un filósofo de nuestro tiempo, "el inalienable derecho de contradecirme", que podría ser traducido como la "oportunidad de cambiar de opinión y reconocer mis errores".

(7) Cfr. Fernando García Pullés, Vías procesales en la protección de los derechos al ambiente, "L.L.", t. 1995-A, p. 851.

(8) Cfr. Juan Francisco Linares, Derecho administrativo, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 159.

(9) Es por todos conocido que la función jurisdiccional no aparecía en la primera "división de poderes" del barón de Montesquieu, quien, junto al Poder Legislativo y al Ejecutivo, reservaba el "Poder Federativo" para las relaciones exteriores.

(10) José Chioyenda, Instituciones, t. I, ps. 385 y ss.

(11) Este autosometimiento del Estado moderno a la ley y a la jurisdicción es principio inicial de la mayoría de las Constituciones modernas. No es casual que "afianzar la justicia" resulte el primer postulado del Preámbulo de nuestra ley suprema, inmediatamente posterior a la constitución de la unión nacional.

(12) Clemente Díaz, Instituciones de derecho procesal, Abeledo-Perrot, t. II-A, p. 42.

(13) Eduardo Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, 3ª ed., Depalma, p. 315.

(14) José Chioyenda, Principios de derecho procesal civil, trad. de la 3ª ed., Reus, t. I; Couture, ob. cit., p. 314; Hugo Alsina, Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil, t. IV, cap. XXIX; Fenochietto y Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Astrea, t. 1, ps. 543 y ss. Tengo presente que estos y otros autores (como Kisch) han incluido en algunas clasificaciones a las sentencias determinativas (en cuanto concretan o modifican únicamente el contenido de una relación ya existente) y a las cautelares (en cuanto tendientes a asegurar a las personas las pretensiones o las pruebas relacionadas con el proceso), cuyo examen me parece prudente soslayar en el caso, por su ajenez al tema que nos ocupa.

(15) Couture, ob. cit., ps. 315 y ss., en especial p. 317, y doctrina y jurisprudencia citadas en sus notas 82 y 83.

(16) Ver Enrique M. Falcón, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Abeledo-Perrot, t. II; ps. 579 y ss.

(17) Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de marzo de 1987, "E.D.", t. 128, p. 199 y sus citas.

(18) Leo Rosemberg, Las sentencias declarativas, citado por Jorge Walter Peyrano en La acción mere declarativa como medio de la plena realización de la garantía jurisdiccional de certeza jurídica, "E.D.", t. 52, ps. 561 y ss. ver p. 567, nota 12.

(19) Cfr. Santiago C. Fassi, Código Procesal Civil y Comercial, 2ª ed., Astrea, t. I, p. 431.

(20) Alsina, ob. cit., t. V.

(21) Morello-Sosa-Berizonce, Códigos..., t. VI-A, p. 76.

(22) Chioyenda, ob. cit., t. I, ps. 233 y ss.

(23) Chioyenda, ob. cit., t. I, ps. 246 y 247.

(24) Ver Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, t. 3, cap. XI, ps. 18 y ss.; Juan Carlos Cassagne, Derecho administrativo, 6ª ed., Abeledo-Perrot, t. II, ps. 175 y ss.; Miguel S. Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. II, ps.

476 y ss.

(25) Marienhoff, ob. cit., t. II, p. 479.

(26) Cfr. Jorge J. Llambías, Tratado de derecho civil. Parte general, t. II, n° 5 1887 y ss.

(27) "Fallos", 293-137.

(28) Grecco, Impugnación..., ob. cit., p. 96.

(29) Tomás Hutchinson, Régimen de procedimientos administrativos, 3ª ed., Astrea, p. 125, con cita de C.N.Fed. Cont.-Adm., Sala IV, 13/11/86, in re "Wald".

(30) Juan Carlos Cassagne, Derecho administrativo, ob. cit., t. II, p. 190, con cita de Jesús González Pérez y Francisco González Navarro, Comentarios a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, Madrid, 1997, t. I, p. 1023.

(31) "Fallos", 293-137, ya citado.

(32) Chioyenda, Principios..., cit., t. I, ps. 233 y ss., en especial ps. 237 y 238.

(33) Chioyenda, Principios..., cit., t. I, p. 239, y autores citados en su nota 1, lugar en el cual indica: "Los casos de sentencias con efectos ex tunc son verdaderos casos de sentencias retroactivas [...]. Así todas las sentencias de nulidad".

(34) "Monges c. Universidad de Buenos Aires", de fecha 26 de diciembre de 1996.

(35) Ver, al respecto, Juan Carlos Cassagne, Acerca de la eficacia erga omnes de las sentencias anulatorias de reglamentos, "E.D.", revista del 26 de noviembre de 1999, ya citado.

(36) Mairal, ob. cit., p. 229: "En efecto: cabe sostener que al declarar inaplicable al actor una determinada ley o reglamento, la sentencia innova en la situación jurídica de aquél, hasta ese entonces obligado por la norma que el fallo descalifica. Este efecto constitutivo se limita al demandante, por cuanto el juez no deroga la ley o el reglamento impugnados y es perfectamente compatible, por ello, con el alcance interpartes de la sentencia".

(37) El art. 1351 del Código Napoleón exigía como recaudos para hacer pertinente la oposición de la cosa juzgada que "la cosa demandada debe ser la misma; la demanda debe ser fundada sobre la misma causa; la demanda debe ser entre las mismas partes". Nuestro Código Civil no contempló una norma similar a la antes trascrita, pero la validez de su contenido, como principio del derecho, fue reconocida por la jurisprudencia y la doctrina, recogiéndosela en los códigos procesales.

(38) Cfr. Enrico Tulio Liebman, Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ediar, Buenos Aires, 1946; Chioyenda, ob. cit., t. II, ps. 458 y ss.; Couture, ob. cit., ps. 399 y ss., en particular, p. 425.

(39) Chioyenda, ob. cit., t. II, ps. 463/464.

(40) Grecco, Impugnación..., cit., p. 106, con cita de Guasp, Derecho procesal civil, Madrid, 1968, t. I, p. 545, y de González Pérez, Derecho procesal administrativo, Madrid, 1966, t. II, ps. 893 y ss.

(41) Liebman, ob. cit., ps. 220/221 y sus citas.

(42) Chioyenda, ob. cit., t. II, ps. 459 y ss.

(43) Fenochietto y Arazí, ob. cit., t. I, p. 582.

(44) Héctor Mairal, Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento, ob. y lug. cits. Ver en especial p. 297, en la que señala: "Pero aun dentro de la teoría del sometimiento liso y llano, nada impedirá al tercero que no fue parte en la litis, o a la Administración misma, litigar nuevamente el caso en todas las instancias, con la esperanza de modificar el criterio de la Corte o de limitarlo en sus alcances frente a los nuevos argumentos que se alegan".

(45) Rodolfo Barra, La potestad reglamentaria en la Administración pública, "Régimen de la Administración Pública", n° 1, ps. 24 y ss.

(46) Sin perjuicio de lo que se habrá de señalar más abajo, debo adelantarme a indicar que el criterio así expuesto, con el que coincidiera en un primer momento, me parece hoy inadmisibles. Ello así, toda vez que la declaración judicial de nulidad de un reglamento por su contradicción con la ley, a quien el propio autor reconoce preeminencia jerárquica sobre el reglamento (ver su artículo Reglamentos administrativos, "La Ley" del 1 de diciembre de 1999), en cuanto, emitida como acto firme del Poder Judicial de la Nación, cuya eficacia no admite el derecho de alterar "por las normas emanadas de ninguno de los otros órganos" (cfr. artículo citado), no puede quedar subordinada en sus efectos a que el Poder Ejecutivo se "avenga" a la derogación del reglamento o decida someter a todos los alcanzados por él a la carga adicional de reiterar un sinnúmero de

decisiones jurisdiccionales, con agravio de la economía procesal, pero por sobre todo de los principios esenciales del sistema republicano de gobierno y del Estado de derecho.

(47) Grecco, Impugnación de disposiciones reglamentarias, cit., ps. 106 y ss.

(48) Hutchinson, ob. cit., ps. 163/164.

(49) Conf. Jesús González Pérez, La sentencia administrativa, su impugnación y efectos, Madrid, 1954.

(50) Ver sección 1, punto 1, ap. a, de este trabajo.

(51) Liebman, ob. cit, ps. 220/221.

(52) Ver "Fallos", 273-111, entre muchos otros.

(53) Confr. Procuración del Tesoro de la Nación, "Dictámenes", 190-103; 20161; 205-178; 207-62; y las citas de "Fallos" allí contenidas, entre muchos otros.

(54) "Atento que la estabilidad del acto administrativo regular es necesariamente mayor que la del acto viciado con nulidad absoluta, los supuestos de falta de estabilidad del acto regular deben estimarse aplicables al acto irregular" ("Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación", 170-155; 207-517, entre muchos otros).

(55) He consignado la situación de los terceros con intereses en concurrencia como una hipótesis de especial tratamiento que examinaré en un apartado posterior, al que remito.

(56) Al respecto, señala Cassagne: "Precisamente, el principal obstáculo que plantea el efecto extrapartes consiste en una eventual trasgresión del derecho de defensa a quienes, pese a no haber sido partes en el litigio, se le extienden los efectos de una sentencia anulatoria de una norma de alcance general" (Acerca de la eficacia erga omnes de las sentencias anulatorias de reglamentos, "E.D." del 26 de noviembre de 1999).

(57) "Fallos", 310-1162; "Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación", 201-205.

(58) C.S.N., 5 de noviembre de 1985. Ver Grecco, Impugnación..., cit., ps. 142 y ss.

(59) La idea de comparar estos dos institutos, reconociendo sus diferencias básicas, es originaria de la doctora Ana K. Cueva Rey, y será motivo de su exposición en un trabajo de próxima edición.

(60) Al respecto, ha sostenido Falcón: "La reforma de la ley 22.434 ha incluido dos aciertos notables, que clarifican el procedimiento y el alcance de esta excepción. Al igual que la litispendencia, la cosa juzgada puede ser declarada de oficio en cualquier estado de la causa [...]. Opino que aunque se hubiese dictado sentencia y ésta estuviese firme, porque la segunda sentencia no tiene existencia posible por un impedimento absoluto para su dictado, cual es la inexistencia del derecho sustancial alegado" (Falcón, Código Procesal..., cit., t. III, p. 53).

(61) Ver Mairal, ob. cit., p. 285, donde expone: "En primer lugar, sólo se podría reconocer ese carácter a las sentencias de la Corte Suprema. De lo contrario, qué hacer en el caso de fallos contradictorios de tribunales inferiores a ella [...] un fallo de primera instancia que acoja la impugnación y quede firme por falta de apelación oportuna sería suficiente para extinguir el reglamento. De donde el tribunal de alzada ante el cual esté planteada idéntica impugnación debería aplicar la sentencia firme que considera nulo el reglamento recaído en otro juicio, aunque provenga de un tribunal inferior. Cabrá entonces ignorar la jurisprudencia uniforme de las cámaras, y aun de la Corte Suprema de Justicia, a favor de la validez de un reglamento a partir del primer fallo, aun de primera instancia, que acoja la impugnación y quede firme. Se podría replicar que si la administración no apela ha consentido el fallo. Pero acaso la práctica no nos muestra apelaciones de la Administración rechazadas por tardías".

(62) Morello-Sosa-Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, t. IV-B, p. 230.

(63) Ver Augusto Morello, La protección judicial de los derechos humanos a nivel nacional e internacional, "J.A.", t. 1989-II, p. 908 y sus citas.

(64) Cfr. Estela Robles, Los efectos de la cosa juzgada en las acciones de clase, "L.L." del 22 de marzo de 1999, ps. 1 y ss.

(65) Cfr. Rogelio Leal, Los derechos difusos en el Brasil y los instrumentos jurisdiccionales para su protección, "Revista Actualidad en Derecho Público", n° 4 (mayo-agosto 1996), ps. 24 y ss.

(66) Ver el ensayo citado en la obra de Guillermo Andrés Muñoz y Carlos Manuel Grecco, Fragmentos y testimonios de derecho administrativo, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 687 y ss.

(67) Ver Germán Bidart Campos, Intereses difusos y explotación minera, "L.L.", t. 1987-D, p. 373; íd., Intereses difusos y medio ambiente, "E.D.", t. 123, p. 537; Morello-Hitters y Berizonce, La defensa de los intereses difusos, Buenos Aires, "J.A.", t. 1982-IV, Secc. doctrina, ps. 700 y ss.; Lily R. Flah y Miriam Smayevsky, La

regulación procesal en el derecho ambiental americano, acción popular y acción de clase, "L.L.", t. 1993-E, p. 935.

(68) C.N.Fed. Cont.-Adm., Sala III, 8 de setiembre de 1994, "Schroder, Juan c. Estado Nacional Secretaría de Recursos Naturales", "L.L.", t. 1994-E, p. 449.

(69) C.N.Fed. Cont.-Adm., Sala V, 25 de setiembre de 1996, "Labatón, Ester A. c. Poder Judicial de la Nación", "L.L.", t. 1998-F, ps. 345 y ss.

(70) C.N.Fed. Cont.-Adm., Sala IV, 23 de junio de 1998, "E.D.", t. 178, p. 793.

(71) Comparto en algún aspecto, en este sentido, la opinión expresada por Sánchez Morón en La participación del ciudadano en la Administración pública, Madrid, 1980.

(72) Andrés Gil Domínguez, Un fallo del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa que ignora un derecho de incidencia colectiva esencial: la legalidad constitucional, Suplemento de Derecho Constitucional de la Revista Jurídica "La Ley", del 22 de octubre de 1999, ps. 12 y ss., con cita de Antonio Manuel Peña Freire, La garantía del estado constitucional de derecho, Ed. Trotta, 1997, p. 37.

(73) Parece oportuno recordar las palabras de Jesús González Pérez, en su artículo La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando destacó que "a la hora de decidir en un proceso concreto si el demandante está legitimado, los tribunales prescinden de todas esas zarandajas que se inventó la doctrina sobre todo italiana sobre el carácter personal, directo, legítimo o difuso, y acaban definiéndolo con arreglo al Diccionario de la Academia, reconociendo que existe legitimación cuando el éxito de la pretensión reporta al que la formula beneficio, utilidad, ganancia, provecho, comodidad, o dicho de otro modo, que le evitará un perjuicio, incomodidad, que es como define la Academia al interés", ver "Revista de Derecho Administrativo", año 11, nos. 30/31, enero-agosto de 1999, ps. 43 y ss., en especial ps. 48/49.

(74) Fernando García Pullés, Vías procesales en la protección de los derechos al ambiente, "L.L.", t. 1985-A, p. 851.

(75) Hugo Alsina, Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil, 2ª ed., t. IV, ps. 122 y ss.; Mairal, ob. y lug. cit., p. 225.

(76) Ver al respecto Néstor Pedro Sagüés, Derecho procesal constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1991, t. III; Germán J. Bidart Campos, Régimen legal y jurisprudencial del amparo, Ediar, Buenos Aires, 1969. C.N.Fed. Cont.-Adm., Sala V, 25 de setiembre de 1996, in re "Labatón", consid. "L.L.", t. 1988-F, p. 352. Ver en sentido diverso la posición de José Luis Lazzarini, El juicio de amparo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1998, quien sostiene que el amparo funciona en nuestro régimen jurídico como procedimiento sustitutivo de las vías ordinarias, cuando éstas no resultan eficaces; o como acción independiente, para el caso de existir un derecho constitucional cuya defensa no haya sido prevista por el ordenamiento con una acción concreta.

(77) C.S.N., 22 de abril de 1997, "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c. Buenos Aires, Provincia de, y otro, s./ Acción declarativa", "E.D.", t. 177, p. 238.

(78) C.N.Fed. Cont.-Adm., Sala IV, marzo 9 de 1998, "ADECUA c. Enargas", "E.D.", t. 182, p. 1175.

(79) Con su natural claridad Agustín Gordillo señaló: "Ante las públicas y notorias dificultades del amparo en nuestra jurisdicción administrativa federal luego de la reforma constitucional, se ha agudizado el ingenio de los actores. Ahora intentan, algunos con éxito, acciones de defensa del consumidor contra los prestadores de servicios públicos o el propio Estado, o como en el presente caso acciones declarativas de certeza pidiendo la inconstitucionalidad de un acto o reglamento administrativo. La diferencia con el amparo, tal como este fallo la explica, es que tanto en el proceso sumario como en el sumarísimo se trata de un juicio de conocimiento, más abreviado sin duda, pero que en punto al grado de conocimiento resultan similares" (La acción declarativa de certeza como proceso sumarísimo, "L.L.", t. 1997-D, p. 719).

(80) "Fallos", 307-1018; 313-1913, entre muchos otros.

(81) "Fallos", 300-1080; 301-460, entre muchos otros.

(82) Ver Grecco, Impugnación..., cit., p. 109.

(83) Esta identificación se aprecia en el pensamiento de Mairal, Cassagne y Bianchi, en los trabajos que se citan más arriba y ha sido recogida, aun a pesar de la falta de texto normativo expreso, por la jurisprudencia de la Sala V de la Cámara Nacional del Trabajo, en la causa "Welders Ltda. c. Gobierno nacional" al sostener que la anulación de un acto administrativo de alcance general no conduce necesariamente a una invalidación de carácter y efectos generales para todos los casos, sino que "la invalidez y desplazamiento pueden limitarse al caso y al administrado que cuestione, declarando inexigible la conducta prescrita por la Administración sólo respecto de quien la ha impugnado" (ver su cita en la obra, de Grecco tantas veces citada). Entiendo, no obstante, que el modo en que se expresa la aseveración en la parte del fallo transcrito "no conduce

necesariamente", "para todos los casos", "pueden limitarse", permite pensar que el criterio del mencionado tribunal admite la extensión de los efectos de las sentencias anulatorias de un acto de alcance general más allá de las partes, circunstancia que a mi entender impide anotar a tal precedente como ejemplo clásico de la limitación de los alcances de la cosa juzgada en esta materia.

(84) C.S.N. in re "Petrus S.A. de Minas c. Nación Argentina", del 28 de abril de 1948 ("Fallos", 210-855) citado y transcrito por Alberto Bianchi en su artículo Los procesos de reforma constitucional y de sanción de las leyes como cuestiones no justiciables, "E.D.", t. 142, ps. 310 y ss.

(85) Alberto Bianchi, Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo, lug. cit., cap. II, punto e.

(86) Ver Michael C. Dorf, Facial Challenges to State and Federal Statutes, "Stanford Law Review", January, 1994.

(87) Ver, en especial, al respecto, lo expuesto por Juan Carlos Cassagne en Acerca de la eficacia erga omnes de las sentencias anulatorias de reglamentos ya citado, "E.D.", del 26 de noviembre de 1999, p. 3, y los contenidos de su nota 16.

(88) Art. 75, inc. 32, de la Constitución nacional.

(89) Fernando Garrido Falla, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1987, t. I, p. 251; Guido Zanobini, Curso de derecho administrativo. Parte general, Buenos Aires, 1954, t. I, p. 105; Manuel María Diez, Derecho administrativo, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, t. I, ps. 419 y ss.; Cassagne, Derecho administrativo, cit., t. I, p. 139; Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, t. I, Parte General, cap. VII, ps. 42 y ss.; Héctor Mairal, La doctrina de los propios actos y la Administración pública, Buenos Aires, 1988, ps. 97 y ss., con las observaciones y límites que allí señala.

(90) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Curso de derecho administrativo, 7ª ed., Cívitas, Madrid, t. I, ps. 192 y ss.

(91) "La inderogabilidad singular no rige en materia legislativa. Una ley formal particular puede derogar o no tener en cuenta las disposiciones de una ley de carácter general, dado que desde el punto de vista jurídico tal proceder constituiría una limitación a la igualdad, siendo el Congreso el poder competente para reglamentar los derechos individuales" (Cassagne, Derecho administrativo, cit., ps. 139/ 140, con cita de Parada Vázquez, Derecho administrativo, t. I, ps. 64 y ss.).

(92) El ejemplo no es casual: la jurisprudencia de nuestros tribunales está poblada de precedentes en los cuales se ha declarado la ilegitimidad de reglamentos que crearan asignaciones no bonificables que se declararon contrarias a las previsiones de los arts. 74 y 79 de la ley 19.101. Ver, por ejemplo, C.N.Fed.Cont. Adm., Sala I, 11 de octubre de 1996, "E.D.", t. 172, p. 179; íd., Sala III, 3 de octubre de 1996, "E.D.", t. 172, p. 600.

(93) Así, podría ocurrir que la Administración admitiera la nulidad para algunos y obligara a litigar a otros, o simplemente, que condenara a no pagar el haber de retiro legalmente debido a quienes no pudieran costear su defensa jurídica o administrativa.

(94) Cfr. Gordillo, Tratado, cit., t. 1, cap. VII, ps. 45 y ss.

(95) No es posible dejar de reconocer el valioso aporte que realizó a este proyecto del doctor Julio Comadira.

(96) Ver la nota de remisión del proyecto aprobado por el Honorable Senado de la Nación a la Honorable Cámara de Diputados, emitida el 11 de agosto de 1999, luego de su aprobación en aquella Cámara.