

**I CONGRESO INTERNACIONAL Y
IV JORNADAS INTERCATEDRAS**

“PROCESO Y CONSTITUCIÓN”

**FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE BUENOS AIRES
(UBA)**

27 al 29 de agosto de 2008

**COMISIÓN: “A”
DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL
Tema: 4-A**

**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE
OFICIO**



PONENTE:

PROFESOR EDUARDO PABLO JIMÉNEZ

**FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE MAR DEL PLATA**

ACTUALIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD
“DE OFICIO” EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Expone:

Profesor Eduardo Pablo Jiménez¹

I
APUNTES INTRODUCTORIOS

Resulta importante afirmar aquí, que la teoría de la supremacía constitucional, se diluye en el perfil de una mera expresión de deseos, si el sistema constitucional no garantiza con firmeza el cumplimiento de la que – según lo estimamos – es la principal regla que expone. Esto significa que si el control de constitucionalidad no puede ser realizado a cabalidad, la supremacía de la Constitución no pasa de ser un simple enunciado dogmático, sin ninguna relevancia práctica.

Es que sin una adecuada operatividad de la técnica que importa el *control de constitucionalidad*, la impronta dogmática que supone la enunciación de la teoría de la supremacía constitucional solo quedaría definida como una concepción romántica del ideario racional- normativista, a partir de la que se suponía que con solo enunciar un principio en el texto supremo, éste se cumpliría “mágicamente”.

Y la práctica institucional cotidiana nos demuestra que ello no es así, ya que en los albores del Siglo XXI la efectiva vigencia de los Derechos, pasa por su cabal garantía, que solo se opera a partir de un eficaz sistema de controles institucionales que permitan la supervivencia de la regla de Supremacía Constitucional.

Se trata – entonces - de que cuando la Constitución - que pregona su indemnidad o supremacía - es violentada – actúen las defensas necesarias para retomar el camino de la integridad del sistema

Incardinada íntimamente al principio de la supremacía de la constitución escrita y rígida; la técnica del control de la constitucionalidad también ha sido una creación del derecho norteamericano. No obstante ello, resulta aquí interesante recordar que la constitución estadounidense carece de norma imperativa que obligue a efectuar el control constitucional.

Por tal razón, la doctrina constitucionalista ha enfatizado siempre la importancia el precedente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos “*Marbury vs. Madison*”², en el que a partir del razonamiento casi silogístico de su

¹ El profesor Jiménez es docente titular concursado de la asignatura “Teoría Constitucional” en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Es también investigador categorizado “II” (UNMDP) por el Ministerio de Educación de la Nación y Magister en Derecho y Gestión Ambiental por la Universidad del país Vasco. Sus antecedentes completos pueden ser consultados en www.profesorjimenez.com.ar.-

² *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137; 2 L. Ed.60 (1803), publicado en “Summaries of Leading Cases on the Constitution”, Littlefield, Adams&Co., 10º Ed. University of Notre Dame, 1977, pag 169 y ss.

presidente Marshall, ese cuerpo judicial rescata el principio de la supremacía de la Constitución y asumiendo por primera vez, su rol de Poder de Estado, se arroga la potestad de efectuar el respectivo control de la invocada supremacía de la ley fundamental.

Puede señalarse entonces, sin temor a error, que el control de la supremacía de la Constitución es una modalidad de defensa del sistema constitucional por la que el órgano encargado de realizarla, constata que las estructuras infraconstitucionales, no contraríen la manda del texto supremo. De darse esta contradicción, y una vez constatada, ella se desplaza, declarando la inconstitucionalidad del acto o norma en que se funda

Como puede advertirse, el acto de control de constitucionalidad no siempre tiene por objeto invalidar una norma o acto infraconstitucional, pues puede ser - y ello es lo que generalmente ocurre - que ella no contraría a la Constitución.

Demás está decir que para que el control de constitucionalidad se convierta en un insumo efectivo del sistema de que se trate, debe existir una serie de condiciones que lo permitan, tales como: a) la condición de rigidez del texto constitucional, b) la condición de independencia del controlante respecto del controlado, c) la condición de fuerza vinculante de los decisorios emanados del órgano encargado de controlar, d) la condición de legitimación para petitionar por parte de quienes advierten el agravio constitucional, e) la condición de inexistencia de áreas exentas de la potestad de control, f) la condición de existencia de un ámbito de libertad, jurídicamente garantizado sobre el que se pueda pretender hacer actuar al control de constitucionalidad³

Existen diversos modos y vías para efectuar el control, dependiendo su articulación y efectos, de la conformación de cada sistema constitucional.

En los sistemas no judiciales, el control puede ser efectuado por el propio Parlamento, el Poder Ejecutivo o por el electorado. Estos sistemas por lo general restan confiabilidad al Poder Judicial sosteniendo que no posee suficiente legitimación democrática de origen, o porque la estructura judicial es considerada por demás conservadora⁴.

³ La condición de rigidez del texto constitucional: ya que si cualquier ley ordinaria tiene aptitud para modificar la Constitución, la verificación carece de base de sustento, porque no existe inconstitucionalidad para verificar; La condición de independencia del controlante respecto del controlado: ya que la ineficacia del autocontrol es más que evidente. Sostenía Loewenstein respecto de esta cuestión, que otorgar la potestad de control al mismo órgano que genera la ley que va a ser controlada, es como “poner un zorro al cuidado del gallinero”; La condición de fuerza vinculante en los decisorios del órgano encargado de controlar: ya que si al momento del control de constitucionalidad, los efectos de la decisión final del controlante son meramente indicativos, o implican sólo recomendaciones, la estructura carecerá de vigor político y eficacia; La condición de Legitimación para petitionar por parte de quienes advierten el agravio constitucional: ya que si los agraviados no pueden actuar ante el órgano correspondiente para reclamar por la vigencia de la Constitución, el sistema de control carecerá de legitimidad democrática. De allí que prediquemos en este punto, que a mayor aptitud para reclamar la tutela constitucional, más legitimado se encontrará el sistema; la condición de inexistencia de áreas exentas de la potestad de control: ya que en un sistema democrático, la mayor cantidad de áreas exentas del control de constitucionalidad, hace a la menor legitimidad del mismo; la condición de existencia de un ámbito de libertad, jurídicamente garantizado sobre el que se pueda pretender hacer actuar al control de constitucionalidad: ya que como bien enuncia Miguel Ekmekdjian, la modalidad de control de constitucionalidad sirve en cuanto acrecienta los espacios de libertad del ser humano frente a los avances del poder que permanente se proyecta sobre ellos.

⁴ Los casos de control por el Parlamento se han dado esencialmente en aquellas Naciones tributarias del constitucionalismo marxista-leninista, con algunas modalidades diferenciadoras. En determinados supuestos (Bulgaria, China) el control es efectuado *directamente* por el parlamento, en otros, lo hace la legislatura desde un órgano descentralizado del cuerpo (es el caso del Soviet Supremo de la ex Unión Soviética)

En los países occidentales, el Parlamento también puede hacer control de constitucionalidad cuando deroga una ley en razón de su repugnancia a la Constitución.

Sus partidarios sostienen que todo lo que se relaciona con el control de constitucionalidad, al tener gran relevancia política, no puede ser competencia del Poder Judicial. El fundamento de esta posición, es que se trata de contener a los poderes públicos dentro de la órbita de competencia que les asigna la Constitución. En consecuencia, ese rol de tutela política e institucional (no jurídica) debe ser encomendado a un órgano que detente esencialmente esa naturaleza.

Respecto del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, las bases institucionales de esta metodología de tutela constitucional fueron establecidas en el sistema norteamericano.-

El primer caso en que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos consagró el principio de la Supremacía de la Constitución, mediante el ejercicio de la potestad de control a cargo de los jueces federales, fue en el precedente "Marbury vs. Madison", supuesto éste que acontece a partir de las siguientes circunstancias fácticas:

El Congreso Federal de EEUU autorizó al entonces presidente Adams a designar jueces de paz en el distrito de Columbia (Washington). En ese contexto, designa en el último día de su período a 12 magistrados, los que fueron confirmados por el senado norteamericano

Uno de ellos, William Marbury, no alcanzó a hacerse cargo de su puesto, sino hasta que había ya asumido el nuevo presidente de la República Thomas Jefferson (de distinto signo político que el saliente), requiriendo al nuevo Secretario de Estado, James Madison que lo ponga en posesión del cargo, en la forma de estilo.

El Secretario de Estado niega el pedido, a requerimiento del nuevo primer mandatario, y es entonces que el magistrado legítimamente nombrado, pero arbitrariamente impedido de asumir su puesto, recurre a la justicia.

Y efectúa su reclamo en forma directa por ante la Corte Suprema, ya que una ley entonces vigente (Judiciary Act, 1788) acordaba competencia originaria a la Corte para expedir mandatos judiciales a fin de poner al Juez en funciones, ante este tipo de demoras.

Los supuestos en que el control lo efectúa el Poder Ejecutivo se dan en aquellos casos en que - por ejemplo - el presidente veta una ley por considerarla inconstitucional.

También puede ser efectuado el control de constitucionalidad por el electorado, cuando tiene aptitud para derogar una ley aprobada por el parlamento, invocando razones de inconstitucionalidad (Uruguay) o en forma genérica, al manifestar disconformidad con la actividad de los poderes políticos, en ocasión de sufragar para renovación de autoridades.

En Cuba se admite también el control de constitucionalidad por acción popular, instada por cualquier persona del pueblo, o un grupo de personas.

Los sistemas que Néstor Sagües denomina "sui géneris" (en puridad de conceptos, son también no judiciales) se caracterizan por su atípico modo de revisar la constitucionalidad de las leyes. Entre ellos podemos citar a:

- Consejo de la Revolución (Portugal): Entre 1974 y 1982 la constitución portuguesa proclamó el Consejo de la Revolución, compuesto por el Presidente y oficiales de las fuerzas armadas, con facultad de evaluar la constitucionalidad de los proyectos de ley y leyes aprobadas. Su decisión poseía fuerza derogatoria general.
- Consejo de los Custodios (Irán): Regulado en su Constitución de 1979, está conformado por 6 teólogos y 6 juristas musulmanes. Todo proyecto debe ser aprobado por ese Consejo antes de entrar en vigor. El cuerpo no sólo efectúa en esa ocasión un cotejo constitucional, sino también de su correspondencia con los principios del Islam
- Consejo Constitucional (Francia): Integrado por los ex presidentes de la República y otros nueve miembros (3 nombrados por el Presidente, 3 por el Presidente el Senado y 3 por el Presidente de la Asamblea Nacional). Ejerce usualmente un control preventivo de constitucionalidad, pero luego de dictada la Ley, a instancia de determinados funcionarios (Presidente de la República, Primer Ministro, 60 diputados o senadores, etc.). Sólo están exentas de este control, las leyes sujetas a referéndum.

Lo que sucede, es que en la constitución norteamericana, al igual que en la Argentina, la competencia originaria de la Corte Suprema está establecida taxativamente en el texto supremo (Art. 117 CN.) y no puede ser modificada sino por vía de una reforma constitucional.

En el caso que comentamos, la competencia originaria de la corte de los Estados Unidos, lo era sólo para el supuesto de diplomáticos extranjeros y un Estado local, ya que en los restantes supuestos de competencia federal, sólo podía conocer en grado de apelación.

Evidentemente, se había presentado allí un conflicto normativo entre la Constitución y una Ley del Congreso respecto de la competencia de la Corte Suprema.

La sentencia dictada por el tribunal norteamericano, decidió que pese a ser justa la reclamación de Marbury (pues él tenía derecho a asumir su cargo de juez, para el que había sido nombrado), la vía elegida para hacerla efectiva no era idónea, pues marcaba un camino procesal prohibido por la Constitución Federal.

En consecuencia el voto del juez Marshall no derogó la ley en cuestión, pero resolvió que ella no debería ser aplicada. De tal modo, se preservó el principio de la división de poderes y el de las competencias legislativas de los Estados locales, pero se reivindicó la regla de la supremacía de la Constitución federal y la inaplicación de una norma contraria a ella⁵.

Creemos nosotros que el control judicial de constitucionalidad es el más apropiado para garantizar la indemnidad de la regla que pregona la supremacía de la constitución. En principio, porque se trata de una técnica estrictamente jurídica, aunque la realice un Poder de Estado, y por ende, un cuerpo político. Por él no se intenta evaluar la bondad o conveniencia de la norma, sino únicamente de cotejarla con la Constitución a fin de verificar si la contraría o no.

Respecto del modelo norteamericano, propicia una modalidad de control judicial de constitucionalidad de tipo *difuso*, lo que significa que cualquier juez puede verificar la constitucionalidad de una norma o acto. No tenemos aquí lo que se denomina una *magistratura especializada* encargada de estas cuestiones, ya que el juez tiene la potestad de controlar la constitucionalidad *además de las otras* que el sistema le confiere en su calidad de Magistrado.

Frente a este sistema, se alza el sistema de control judicial especializado y concentrado. Diseñado principalmente en el modelo que Hans Kelsen proveyó para la constitución austríaca de 1920, propicia la centralización del control de la constitucionalidad en un tribunal concentrado, que opera desde fuera de los tres poderes clásicos que diseña la Constitución.

Este sistema presupone para su válido funcionamiento, varios elementos que es necesario destacar:

En principio, se predica aquí que no es posible el control efectivo de la constitucionalidad, si el organismo controlante no puede resolver con efectos generales, y aún con potestad derogatoria de la norma ú acto contrario a la Constitución.

⁵ La argumentación del juez Marshall, que dio nacimiento institucional a la regla del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, efectuado a pedido de parte y con efecto para los intervinientes en la contienda, puede ser sintetizada en los siguientes argumentos, brillantemente presentados por Segundo V. Linares Quintana: La Constitución es una ley superior; por consiguiente, un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley. Es siempre deber del tribunal decidir entre dos leyes en conflicto. Si un acto legislativo está en conflicto con una ley superior, la Constitución, claramente es deber del tribunal rehusarse a aplicar el acto legislativo. Si el tribunal no rehúsa aplicar dicha legislación, es destruido el fundamento de todas las constituciones escritas

El poder institucional que esta modalidad implica, requiere que el órgano encargado de realizar el control, se sitúe fuera de los tres poderes de Estado, integrado por Magistrados de diversa y múltiple extracción, a fin de que representen correspondencia ideológica con los cambios políticos operados en la sociedad y el Estado.

Por último, el cuerpo encargado de tan importante rol debe ser especializado, e imbuido de una definida vocación constitucionalista.

II ACERCA DE CIERTAS MATERIAS QUE USUALMENTE SE MANTIENEN EXENTAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Respecto de las materias controlables, podemos decir que la doctrina constitucionalista ha generado un espacio de cuestiones, que se consideran exentas del poder de control que los jueces poseen en el sistema. Entre ellas podemos contar a las cuestiones políticas, las cuestiones abstractas y a *la indicación de no declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las normas*.

Las cuestiones políticas son aquellas que incumben propiamente a los poderes políticos, por encontrarse ellas dentro de la esfera de su incumbencia. Por tal razón este tipo de cuestiones han sido consideradas no justiciables, pues lo contrario implicaría quebrar el principio de la separación de los poderes y el establecimiento del gobierno de los jueces.

Señala Quiroga Lavié, a fin de determinar cuando nos encontramos realmente frente a una cuestión política que ella es la que resulta de actos políticos producidos frente a situaciones nuevas.

Obsérvese que para enfrentar estas situaciones no es posible acudir a normas, ya que ellas no pueden prever la dinámica social (por ejemplo, la decisión de gobierno, en el sentido de edificar escuelas, construir caminos, o levantar hospitales: no podríamos decir que el poder político incurre en inconstitucionalidad cuando toma una opción, dejando a las otras de lado; aunque la decisión pudiese ser políticamente errónea o inviable).

Es entonces en este contexto que puede predicarse que una cuestión deviene política, y por tanto, no justiciable.

Aún luego de lo explicado, entendemos nosotros que todos los órganos de gobierno obtienen su competencia por mandato de la Constitución. Y siendo que la Corte Suprema y los tribunales inferiores de la Nación poseen conocimiento sobre "todas las causas" que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes de la Nación (art. 116 CN.), no debiera habilitarse la inhibición del conocimiento de "ciertas causas" por parte de los jueces con el pretexto indicado.

Nosotros creemos que en realidad, la decisión política, en su momento de "libertad" no puede ser interferida por los jueces, cuando la situación es nueva, y por ende, no normada

Aún así, si bien los jueces no pueden cuestionar la motivación de los hechos de gobierno, si pueden evaluar si su "vestimenta jurídica" es adecuada, porque el gobernante bien pudo haber equivocado su calificación constitucional.

Creemos con esto, colocar a las cosas en sus justos términos: los jueces no delinear políticas de gobierno, ni interfieren en ellas, pero impiden violaciones constitucionales.

Así es que como bien ha sostenido la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el célebre caso “Baker c/Carr”⁶, cabe admitir por excepción y en casos de necesidad imperiosa para la vida del Estado, cuando los valores fundamentales de la sociedad estén en juego y para evitar el desborde de la fuerza en caso de continuar las cosas como están, pueden disponer los jueces un acto de gobierno frente a la contumacia negativa del gobernante a hacer respetar la Constitución y sólo cuando no hubiera otro camino institucional para evitarlo.

En todo caso, nosotros entendemos que una sociedad genuinamente democrática y participativa, recorta y diluye los espacios de no justiciabilidad de las cuestiones políticas, por parte de los jueces, sobre todo cuando se trata de verificar que los órganos de la Constitución no se extralimiten arbitrariamente en sus competencias, Aún así, la polémica en este punto es ardua, y se desenvuelve básicamente por los siguientes andariveles:

CUADRO I
POLÉMICA ENTRE PARTIDARIOS Y DETRACTORES DE LA PLENA
JUSTICIABILIDAD DE LAS CUESTIONES POLÍTICAS

Argumentos a favor

- Si la justicia no interviene en estos casos, pueden darse supuestos de denegación de justicia
- La división de poderes no se altera, sino más bien se robustece cuando el poder Judicial controla los excesos de los restantes
- La discrecionalidad de los poderes políticos no puede implicar descontrol
- El Poder Judicial es el moderador de los restantes poderes de Estado.

Argumentos en contra

- Los Poderes políticos (y no el Judicial) son los únicos competentes para decidir sobre estas cuestiones
- La intervención de los jueces en estas materias altera la forma republicana de gobierno
- Podría generarse un modo de “gobierno de los jueces” incompatible con el sistema democrático
- El control de los actos políticos debe ser ejercido por el pueblo al momento de votar

Diremos además, que el efecto principal de la declaración de inconstitucionalidad de una cuestión denominada “política”, es impedir que tal cuestión se realice, o más bien, que el acto o norma en que ella se funda, se aplique

⁶ SCUS; 369: US. 186; 82 S. Ct. 691; 7L. Ed. 2 °, 663 (1962). Se trató éste supuesto de una acción civil, en la que se alegó una omisión constitucional del propio Estado de Tennessee, ya que su constitución mandaba una adecuación decenal de los distritos electorales, que no se realizaba desde 1901. Lógicamente, en tan extenso período, los condados de ése Estado habían variado su población significativamente, aunque los demandados respondieron que cualquier cambio en las estructuras de los distritos electorales del Estado sería dificultosa, o más bien imposible. Alegando violación de la regla de igual protección ante la ley [Enmienda 14 de la Constitución norteamericana], la Suprema Corte de Justicia aceptó el “standing to sue” de los apelantes, descartando la injusticiabilidad de la cuestión, al señalar que el simple hecho de pretender la protección de un derecho político, no torna a la cuestión en política, y por ende, no justiciable. Textualmente, el Justice Brennan expresó “Voters who allege facts showing disadvantage to themselves as individuals, have standing to sue”

No ha de confundir el lector a las cuestiones políticas con aquellas denominadas *privativas*.

Habiendo ya definido a las primeras, diremos de las segundas que éstas sí son previstas en la Constitución, pero son ejecutadas o cumplimentadas por los órganos indicados en las normas pertinentes, *sin que pueda controlarse su cumplimiento* (por caso, el procedimiento para la formación y sanción de las leyes). Si respecto de las primeras, puede existir alguna duda razonable cuando hablamos de su judiciabilidad, en el caso de estas últimas, admitir que los jueces no puedan controlarlas, es herir gravemente el contexto del Estado de Derecho en la sociedad democrática.

También se abstienen de conocer los magistrados, respecto de las cuestiones que en doctrina se denominan “abstractas” (moot cases). Son aquellas que al momento de ser resueltas por los jueces, carecen de virtualidad jurídica, y por ende, su tratamiento en sede judicial es innecesario.

Esta modalidad requiere que la cuestión a ser analizada sea actual al momento de su análisis por los magistrados, y no cuando los derechos constitucionales ya han dejado de ser afectados

Es un caso de éste tipo de cuestiones, la situación que se dio con motivo de la impugnación que ciertos Convencionales Constituyentes efectuaron respecto del modo de votación de “núcleo de coincidencias básicas” (en bloque, y por la negativa o afirmativa) al sugerir que se estaba cercenando la libertad de la Convención Constituyente para decidir al respecto.

Al momento de llegar el caso a la Corte Suprema, la Convención Constituyente había votado ya su reglamento, haciendo suya la modalidad que había indicado el Congreso. Por tal razón, y sin perjuicio de la valoración que le hubiera merecido tal proceso a la Corte, el órgano encargado de la reforma de la Constitución había hecho uso de su libertad para decidir el modo de votación que estimó conveniente. La cuestión había devenido abstracta para la justicia.

En suma, ha indicado la doctrina que el meollo de la injusticiabilidad de las cuestiones abstractas radica en varios principios, que podemos sintetizar así: el Poder Judicial solo actúa ante casos judiciales; la cuestión abstracta, demandaría asimismo un pronunciamiento judicial abstracto (no vinculado a un caso real y concreto); las sentencias no pueden ser inoficiosas e inconducentes; y la pretensión del justiciable tiene que subsistir al momento de resolver el conflicto de intereses planteado en juicio

III **ACERCA DEL CONTROL “DE OFICIO”** **DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, POR PARTE DE** **LOS MAGISTRADOS JUDICIALES**

También ha indicado el Poder Judicial, en ciertas ocasiones, su obligación de evaluar la constitucionalidad de las normas o actos infra-constitucionales, cuando la parte interesada no efectuó petición alguna al respecto en el marco de un proceso judicial, salvo que la cuestión a resolverse afecte, por sus implicancias, a la autonomía funcional del propio poder Judicial.

Sin embargo, y aún luego de haberla sentado, ha hecho algunas importantes excepciones a esa regla en algunas ocasiones, entre las que podemos destacar un sonado caso sobre actuación de oficio respecto de un Decreto del PEN que obligaba a

los trabajadores portuarios a afiliarse al sindicato único del ramo para poder trabajar en tareas de estiba⁷.

Esta regla significa, en el decir de Bidart Campos, que en situaciones normales, el control de constitucionalidad no prospera sin pedido de parte interesada.

Seguimos en este caso, a la posición que detenta toda la doctrina de los constitucionalistas nacionales, y hoy también la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, al indicar que el control de constitucionalidad está dentro de la función de administrar justicia, y le corresponde al juez “motu proprio” en la causa judicial en que actúa. Ello porque este tipo de control hace parte esencial e ineludible de la función judicial de interpretación y defensa de la constitución que le incumbe específicamente a los jueces.

Aún así, nuestra jurisprudencia ha sido originariamente reacia a efectuar control de constitucionalidad sin pedido de parte.

Los argumentos que sustentan a ambas posturas, pueden resumirse en los siguientes:

CUADRO II
DECLARACION JUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDAD
“DE OFICIO” DE LAS LEYES

<u>Argumentos A favor</u>	<u>Argumentos en contra</u>
<ul style="list-style-type: none"> • El control de la constitucionalidad es una cuestión de derecho que no depende de la voluntad de las partes • La no petición de declaración de inconstitucionalidad no hace presumir renuncia al derecho subjetivo que pudiese estar lesionado • La tutela de la supremacía constitucional es una regla de orden público, y por tanto imperativa para los Magistrados. • La declaración de inconstitucionalidad es una cuestión de derecho y no de hecho, y por lo tanto, no es disponible para las partes en contienda • La regla de administrar justicia le está impuesta por la Constitución a los jueces, por lo que no requiere petición de parte. 	<ul style="list-style-type: none"> • Efectuar “de oficio” el control de la constitucionalidad de las leyes rompe el equilibrio de los poderes por la absorción del poder Judicial en desmedro de los otros dos • El principio de congruencia y bilateralidad procesal indica que el Juez no debe fallar más allá de lo peticionado por las partes. Caso contrario, introduciría una cuestión constitucional no traída a contienda, desequilibrando el posicionamiento de los contendientes en el marco del proceso. • Si el juez declara “de oficio” la inconstitucionalidad, rompe el principio de la presunción de legitimidad de los actos Estatales

Historiando acerca de éste controvertido punto, motivo central de nuestra presentación, cabe señalar que ha sido de larga data la indicación de que los jueces no están habilitados a declarar la inconstitucionalidad de una norma “de oficio”, a lo que se adunaba que tal petición para resultar procedente, debía estar usualmente revestida

⁷ Nos referimos al caso “Outon ”CSJN”, Fallos 267:215

de una serie de formalidades, tales como la introducción de la cuestión en un sentido inequívoco, correcta y oportunamente, en la primera ocasión en que el peticionante la advierta, y mantenida en todas las instancias del proceso.-

Según así lo ha señalado Néstor Pedro Sagüés, esta postura ejemplifica una modalidad de auto limitación a la atribución judicial de no aplicar las normas violatorias de la Carta Fundamental⁸.-

Ha sido el norteamericano Tomás Cooley, quien a su tiempo sostuvo que una Corte Judicial no debe atender una objeción de inconstitucionalidad contra una ley, formulada por alguien cuyos derechos no son molestados por esa norma, o por quien no tiene interés en invalidar dicha ley, ya que según el autor citado "(...) una ley se supone válida hasta que alguno se queja de ella, porque invade sus derechos", a lo que agrega que "(...) es solamente cuando alguna persona trata de resistir su aplicación y llama en su auxilio al Poder Judicial para pronunciar su no aplicación sobre él, y sobre su propiedad y sobre sus derechos, que la objeción de inconstitucionalidad puede ser presentada y sustanciada"⁹

Así es que en el sistema judicial norteamericano, para articular un planteo de inconstitucionalidad, es regla general que un litigante plantee en un caso concreto, su "legítimo interés en la controversia" como asimismo, que se trate de una prerrogativa jurídicamente protegida¹⁰ a tal fin.-

Es entonces que actuando so rol de Poder de Estado, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha intentado utilizar lo menos posible ésta poderosa arma política, al punto de haber ejercido éste poder, con una cierta "renuencia"¹¹

Con lo expuesto, puede señalarse que claramente han sido razones sociológicas las que dieron lugar al nacimiento de ésta restricción al deber de juzgar que todo Juez posee en las causas sometidas a su jurisdicción¹².-

IV

LOS "CAMINOS" DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA HACIA EL CONTROL "OFICIOSO" DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

⁸ Sagüés, Néstor "La prohibición de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas (un problema de sociología jurídica), en "LL" 1981-A, pag. 841. Expresa allí el reconocido constitucionalista, que esa doctrina no tiene pié en ningún artículo constitucional: fruto del derecho jurisprudencial, deriva del razonamiento de los jueces, antes que de imposición normativa alguna".-

⁹ Cfr. Coole, Thomas M "A treatise on the constitutional limitations", Edit. Little, Brown & Co; Boston, 1980, pag. 196.-

¹⁰ Esta interesante cuestión fue planteada en el precedente "Commonwealth of Massachussets v. Mellon" [Frothingham v. Mellon] 262.US. 447,43 S.Ct. 597,67 L Ed.1078 (1923). Allí, la Ley de Maternidad del 23/11/1921, imponía aportes a los Estados con el fin de reducir mortalidad maternal e infantil. El Estado de Massachussets, en una original demanda en contra del Secretario del Tesoro de los Estados Unidos (Andrew Mellon), sugirió que la norma era inconstitucional toda vez que el Gobierno Federal usurpaba poderes reservados a los Estados Provinciales, garantizados por la 5 ° Enmienda de la Constitución. Luego del rechazo de la demanda por una Corte de Apelaciones. Al confirmar el fallo de 2 ° Instancia, indicando que no poseía jurisdicción para entender en el caso la Suprema Corte sostuvo que "Una parte que invoca acción judicial sosteniendo una apropiación inconstitucional, debe demostrar un daño directo, debidamente sostenido, y no un mera argumentación indicando que los ciudadanos sufren en una forma no claramente definida". (En voto del Justice Sutherland). Esa sentencia se sostiene en múltiples fallos posteriores (v.gr: "Millard c/ Roberts" (202 US 429), "Wilson v. Shaw" (204 US 24), "Bradfield v. Roberts" (175 US 291), entre muchos otros.-

¹¹ Así lo ha expresado el reconocido jurista Arthur Sutherland "De la carta Magna a la Constitución Norteamericana", Trad. José Clemente, Edit. Tea, Buenos Aires, 1972, pag. 400. Así, señala el autor con cita a Benjamín Wright, que "La Corte Suprema de los EE.UU., declaró entre 1790 y 1944, la inconstitucionalidad de 79 leyes federales y 658 leyes estaduales

¹² Ha señalado en éste punto el propio Sagüés (Autor, y Op. Citada más arriba), que "En realidad, a pocos satisface la tesis de que los jueces no pueden pronunciar, por su propia iniciativa, la descalificación constitucional de una norma ordinaria"

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, había sostenido en forma uniforme desde sus orígenes que el control de constitucional que ejercen los jueces en las causas sometidas a su jurisdicción solo procedía “a instancia de parte”¹³.-

Esta – cuanto menos confusa modalidad interpretativa – se origina en lo esencial, con el dictado del fallo habido en el caso “Ganadera Los Lagos”¹⁴ en donde el tribunal veda la inspección oficiosa de constitucionalidad a los jueces, sobre bases cuanto menos opinables, que se vinculan con la prevalencia de la regla de división de poderes, derecho de defensa en juicio y presunción de validez de los actos de gobierno, expuestas por nosotros párrafos más arriba, las que como es sabido no son directamente relacionadas con la “*juris dictio*” que la Constitución confiere a los jueces para dirimir aquellos casos sometidos a su competencia.-

Tal visión generó e instaló una ardiente polémica entre lo que podemos dar en llamar la “postura jurisprudencial” y la “postura doctrinaria” respecto de nuestra cuestión.

Así, la Alta Corte impuso a los jueces inferiores el criterio de la imposibilidad jurídica de tal modalidad de inspección, cuando ella no fuese instada en un proceso judicial, por parte interesada, mientras iba ganando terreno en doctrina la posición opuesta, que implicaba abogar por el dictado de la inconstitucionalidad, si ello era pertinente, aún cuando en un proceso judicial no mediare petición de parte interesada.-

Pese a lo expuesto, no hay duda de que aún en el período de ésta rígida postura interpretativa, la prohibición en cuestión funcionaba como principio, habiendo reconocido el propio tribunal supremo la excepción al mismo, cuando estaba en juego, por ejemplo, su jurisdicción y competencia¹⁵, habiendo extendido la Corte esta regla a los tribunales inferiores que observaran la inconstitucionalidad de las leyes que rigieran su jurisdicción y competencia, en especial, en el ámbito penal¹⁶

Había señalado el señero tribunal a su tiempo, en seguimiento de su propia doctrina, al no aceptar que la Cámara de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo declarara la inconstitucionalidad del Art. 1 de la Ley 15.720, en relación a la competencia otorgada a los tribunales federales para resolver cuestiones de derecho común, que “(...) con arreglo a reiterada jurisprudencia, los tribunales de justicia no están habilitados para controlar de oficio la validez constitucional de las

¹³ Cfr. CSJN Fallos 190:142 y 149; 199:466; 204:671; 234:335; 251:279; 252:328; 250:201;289:89 y 177, y 305:2046, entre muchos otros

¹⁴ Cfr. CSJN Fallos 190:142 (“LL” t.23, pag.253). Allí, en el año 1941, la Corte Suprema tuvo oportunidad de tornar explícita la doctrina prohibitiva, sentando el criterio de que “es indispensable para el derecho público Argentino, que la inconstitucionalidad de leyes y decretos solo pueda pronunciarse a petición de parte. Indicó en aquella oportunidad el Superior Tribunal de Justicia, que “Es condición esencial de la Administración de Justicia con la categoría de “poder”, la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa, de oficio, los actos legislativos o los decretos de la administración. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes, es indispensable que exista un pleito, una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional. Como lo ha dicho Cooley, es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados. Solo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima. Sin éste freno, el equilibrio de los tres poderes, condición esencial del gobierno organizado por la Constitución, se habría roto por absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos”

¹⁵ Cfr. CSJN entre otros, Fallos 143:191; 185:140; “LL” 16-695; 238:88; “LL” 93-135 (42.185) y Acordadas en Fallos 170:85 y Acordada N° 4 del 9/2/84.--

¹⁶ Así lo expresa Ana María Bestard en su “El caso Mill de Pereyra y la declaración de inconstitucionalidad de oficio” en “LL” Suplemento de Derecho Constitucional, del 30/11/2001, pag.19.-

leyes”¹⁷, expresando allí también la Corte, con cita al norteamericano Corwin, que “(...) ésta limitación rige, sin duda, cuando se trata de leyes atributivas de competencia respecto de los tribunales establecidos en la Capital Federal. Mediando, en lo atinente a la organización de éstos la doble atribución legislativa proveniente de los Art. 67 incisos 17,27 y 28; 94 y 100 de la CN, no existen razones válidas para limitar su jurisdicción, a un ámbito constitucional determinado”¹⁸

Tal línea, en principio “monolítica, comienza a agrietarse promediando la década del ’70.-

Reseña Sagüés¹⁹ que en Autos “Acosta”²⁰, la Corte Suprema, en el mes de julio de 1977 contempla el caso de un planteo de inconstitucionalidad promovido por parte interesada pero en forma extemporánea, o sea, no en el primer momento posible, sino al expresar agravios, en Alzada. Allí entendió que pese a todo, correspondía entender en el cuestionamiento de inconstitucionalidad pues hacía a las atribuciones constitucionales de la Cámara en cuestión, el hecho de pronunciarse sobre la validez constitucional del Decreto que había sido allí objetado.-

Claro es que la variación sustancial en el camino comenzaría a perfilarse con seriedad y contundencia mediando la década del ’80, en el precedente “Juzgado de Instrucción Militar N ° 50”²¹, en el que las importantes disidencias de los Ministros Fayt y Belluscio, se tornaron en pioneras expresiones del que sería años después, el nuevo criterio garantista sustentado por la Corte Suprema en el punto.-

Especificaron allí los Ministros disidentes que cuando se someten a conocimiento de los jueces cuestiones de derecho, en el ejercicio de la potestad de suplir el derecho que las partes no invocaron, atendiendo al principio *jura novit curia* y el ineludible deber de mantener la supremacía de la Constitución, se hallan facultados para hacer tal declaración

Aún así, es recién en el año 1996, que la Corte comienza a desandar en forma mayoritaria el camino restrictivo antes señalado.-

En Autos “Dahlgreen, Jorge c/ Cáceres”²², un Juez correccional de la Provincia de Chaco había condenado a Cáceres a una pena de ejecución condicional como autor penalmente responsable del delito de injuria. La sentencia de 1 ° Instancia había condenado también al mencionado y a la Asociación de Trabajadores de la Educación de Chaco (ATECH) a abonar un resarcimiento por el daño material y moral causado al

¹⁷ CSJN en Autos “Fillipi c/ Ezeiza de Areco” Fallos 250:716 “LL” 107-499(46.628), con cita a fallos 238:288; 242:112 “LL” 194-645(43.521).-

¹⁸ Este es el mismo criterio que también la Corte sienta en Autos “Díaz, Mario s/ Infracción a la ley 18.670 (Fallos 284:100) “LL” 149:285 (68.586) cuando revoca un fallo apelado, por el que la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán declara la inconstitucionalidad del Art. 1 de la Ley 18.670 y del Art. 73 de la Ley 19.053 “de oficio” con base en que tal decisorio violaba la regla de la defensa en juicio y garantía del debido proceso

¹⁹ Sagüés, Néstor “La prohibición de declarar de oficio...” citada, punto IV. Aunque luego resalta un precedente posterior, en el que la Corte retoma su posición prohibitiva (Cfr. CSJN Autos “Meridiano c/ AGP” “LL” 19 1979-C, pag. 84).-

²⁰ Cfr. CSJN Autos “Acosta, Héctor c/ Crys SA.” (Rep. “LL” t. XXXVIII, A-1, pag. 359, Sum. 86, “J-Z”, pag. 1772, Sum. 355). Señaló con lucidez Bidart Campos comentando el fallo (Cfr. Del autor citado “¿Hacia la declaración de oficio de la inconstitucionalidad?” “ED” t.74, pag. 385), que “La Corte consintió en que se introdujera en segunda instancia el tema de la inconstitucionalidad de una norma, no tanto porque a cierta altura del proceso la promovió la parte interesada, sino porque el control de constitucionalidad forma parte inherente e indisoluble de la jurisdicción judicial”

²¹ Cfr. CSJN Fallos 306:303, del 24/04/84, en disidencias concurrentes de los Ministros Fayt y Belluscio (“LL” 1984-B, 426). Estas disidencias se proyectan a los siguientes precedentes posteriores: Autos “Antenoro c/ Instituto nacional de Previsión Social”, 12/10/1996 “LL” 1997-C-810 “Voto concurrente del Dr. Fayt con la mayoría en el fallo; Autos “Ricci, Oscar c/ Autolatina Argentina SA. Y otro”, del 28/4/1998 “LL” 1998-E-233, “Votos disidentes de los Drs. Fayt y Boggiano, entre otros.-

²² Cfr. CSJN Fallo del 12/10/96 “Dahlgreen, Jorge E. c/ Cáceres, Raúl E. y otro”, Causa D-93-XXXII

actor a raíz del delito de injurias que se había cometido. Oportunamente, el Superior Tribunal de Justicia de Chaco anuló todo lo actuado, dejando sin efecto las condenas mencionadas, sobre la base de que al momento de la condena, el imputado se encontraba investido de inmunidad de opinión por ser representante de gremio con personería gremial.-

Aún cuando ésta ley presentaba fuertes dudas respecto de su constitucionalidad, pues tal inmunidad podía ser considerada de carácter absolutista, generando privilegios indebidos que horadan el sistema republicano, la realidad es que no se había planteado su inconstitucionalidad en juicio, y el Art. 9 de la Constitución Provincial vedaba expresamente a los jueces en causas judiciales declarar la inconstitucionalidad de normas contrarias a esa Constitución o la Nacional, salvo que se efectuase pedido expreso por parte interesada, esto es, a requerimiento de “parte”.-

El querellante impetra recurso extraordinario, y la causa arriba a la Corte Suprema de Justicia, en donde se define que la Corte local había interpretado en forma irrazonable el Art. 9 de su Constitución local, detrayendo su función de mantener incólume la supremacía de la Constitución, preservando su propia función e independencia, y el derecho del querellante a que se administre justicia²³, máxime cuando se trataba de la cabeza de un poder judicial provincial.-

Consecuencia de lo expuesto, deja sin efecto la sentencia del Superior Tribunal Provincial, con base en que éste no había declarado “de oficio” la inconstitucionalidad de una ley²⁴.-

Aún con lo expuesto, cabe señalar que en realidad éste “largo y sinuoso camino” comienza a desandarse en forma definitiva con el dictado del caso “Mill de Pereyra”, del año 2001²⁵

Si bien aquí no logra la Corte Suprema - en razón de la dispersión del sentido de sus votos - una real mayoría, enfatiza claramente un cambio que se consolida luego en el certero precedente “Banco Comercial de Finanzas”²⁶

²³ Cfr. Considerando 7 ° del Fallo

²⁴ Debemos señalar, empero, que esta doctrina, fue realmente objetable, toda vez que la Corte adoptaba ésta tesis, descalificando a un superior tribunal provincial, cuando actuaba en seguimiento de una posición asumida en ese tiempo, por la propia Corte Suprema. Si bien apoyamos la teoría de la declaración “de oficio” de la inconstitucionalidad de las normas, la Corte debió en éste caso, aplicar la doctrina del caso “Fernández Valdez” (Cfr. CSJN Fallos 301:615 “Recurso de Hecho deducido por Rivero y Hugo Horacio Maldonado en la causa Fernández Valdez, Manuel Guillermo s/ Contencioso Administrativo de plena jurisdicción c/ Decreto N ° 1376 del PE Provincial” de fecha 13/9/1988, Citado en “Manual de la Constitución Argentina” Edit. Estrada, Cap. XX, N ° 670, Nota 34, de Joaquín V. González). Allí, claramente la Corte Suprema no controvierte al Superior Tribunal de Justicia de La Rioja en cuanto declaró “de oficio” la inconstitucionalidad de una ley jubilatoria local, fundado en la Constitución estadual que expresamente permitía éste declaración en forma oficiosa. Y lo hace con base al respeto de las autonomías locales, pese a que la provincia legislaba en sentido opuesto a la propia doctrina de la Corte.-

En otras palabras, como bien lo sostiene Ana María Bestard (Op. Cit. Pag.21) “El Más Alto Tribunal dejó en pie la declaración “Ex Officio” de inconstitucionalidad del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Rioja, por considerarla un tema de derecho local que no puede revisarse”.-

²⁵ Cfr. CSJN 27/09/2001 “Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/ Provincia de Corrientes”, “LL” Suplemento de Derecho Constitucional del 30/11/2001. Aquí los votos de los Ministros **López y Bossert** no desarrollan ésta cuestión; el voto del Ministro **Boggiano** afirma la doctrina tradicional, prohibitiva en el punto aunque acepta que se la declare de oficio en este caso; el voto del Ministro **Vázquez**, critica la doctrina tradicional de “Los Lagos” y suma argumentos de peso a la posición mayoritaria; los Ministros **Nazareno y Petracchi** no se expiden - en su voto disidente - acerca de la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, el Ministro **Moliné O'Connor** produce una disidencia parcial, descartando la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las leyes. Los Ministros **Carlos Fayt y Augusto Belluscio** sostienen la postura renovadora. Por lo tanto, la mayoría conformada aquí era más que relativa, aunque pesó hacia la definición futura de la cuestión.-

²⁶ Cfr. CSJN Fallos 327:3117, al que luego nos referiremos en detalle

Aquí al Superior Tribunal Nacional entendió en recurso extraordinario, respecto de la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes que hizo lugar a la demanda promovida por un grupo de Jueces que solicitaron la actualización de sus remuneraciones, aduciendo que se había violado la intangibilidad de sus haberes, constitucionalmente garantizada, declarando para ello “de oficio” la constitucionalidad de ciertos artículos de la Ley 23.928 de convertibilidad, y los correspondientes de la Ley 4558 de consolidación de la deuda pública provincial.-

En el caso “Mill de Pereyra”, la sentencia de la Corte Suprema desestima la alegación de arbitrariedad en la sentencia impugnada por los recurrentes, pero respecto al agravio que versaba sobre la imposibilidad de que los jueces declaren la inconstitucionalidad de normas legales “de oficio”, varía en forma clara su posición, admitiendo ésta vez tal posibilidad, esencialmente desde los votos de Fayt y Belluscio²⁷, que de voto minoritario tradicional, se transforma desde ahora en la opinión que ahora mayormente afirma jurídicamente la postura de “mayoría” del Tribunal.-

Sus argumentos básicos, fueron los siguientes: en primer lugar, se aclara que los Magistrados no pueden, efectivamente, efectuar declaraciones de inconstitucionalidad “de oficio” o aún a instancia de parte interesada, de las leyes en abstracto, esto es, fuera de una causa concreta.-

También señaló aquí la Corte Suprema, una regla de “prudencia” al advertir que ésta facultad debe ejercerse – en su caso – solo cuando la magnitud de la violación advertida justifique su invalidación en “desmedro de la regla de la seguridad jurídica”²⁸, resaltando además que sus efectos no dejan de ser en éstos casos “inter partes”.-

Pero a renglón seguido, se deja debida nota que ello no significa que no las puedan efectuar directamente los jueces en forma oficiosa, toda vez que las cuestiones de constitucionalidad son esencialmente “de derecho” y ellos tienen la potestad expresa de suplir el derecho que las partes no invocan, o invocan erróneamente (jura novit curia).

Es entonces, y en función de ésta potestad, que los jueces deben aplicarla en las mentadas cuestiones de constitucionalidad, ello máxime cuando el Art. 31 de la Carta Fundamental impone a los Magistrados el deber de mantener la supremacía constitucional

Consecuencia de ello, la Corte Suprema de Justicia impone a los magistrados inferiores, en el contexto de su deber de aplicar la Constitución, desechar toda norma de rango inferior que se le oponga, lo pida o no una parte interesada en el contexto de una contienda judicial

Es que si ésta potestad es sin duda alguna conferida a los jueces, resulta insólito ver en su ejercicio – cuando el mismo sea oficioso – un desequilibrio que favorezca al Poder Judicial sobre los otros dos, mientras que no se ve tal desequilibrio cuando la inconstitucionalidad la peticiona una parte, pues el efecto en ambos casos es el mismo.-

También señala éste fallo, en su postura prevalente, frente a la posible alegación de la teoría de la “presunción de validez de los actos de los poderes políticos de la República, que esta presunción [juris tantum], cae para el caso de contrariar a la Carta Fundamental, sin importar que alguna parte de la contienda así lo advierta.-

²⁷ Quienes remitieron en la ocasión a su postura ya expresada en Autos “Juzgado Militar de Instrucción N° 50” ya referido por nosotros con anterioridad.-

²⁸ Así, señala en éste punto Ana María Bestard (Autora y Op. Citada, pag.18), al comentar el fallo, que “(...) la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad al que debe recurrirse cuando la colisión con la norma constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable”

Tampoco afecta para la Corte Suprema de Justicia, esta modalidad de fallar “ex officio”, el derecho de defensa en juicio de las partes, ya que no se trató de alegaciones fácticas sino de interpretaciones de derecho.-

V
LA CONSOLIDACIÓN DE LA POSTURA “PERMISIVA”
EN LOS ARGUMENTOS RECIENTES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ha sido el fallo “Banco Comercial de Finanzas”²⁹ un precedente con el que la Corte Suprema de Justicia, en diversa composición de sus miembros, consolida en forma definitiva su nueva postura, aún cuando ulteriormente la composición del Alto Tribunal variaría nuevamente³⁰

Allí, una entidad financiera en liquidación planteó apelación federal contra el decisorio de la SCJBA que, al dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad dispuesta por el Aquo “de oficio” respecto del Decreto 2075/93.-

La Alta Corte de Justicia dispone aquí al receptar el recurso de queja, dejar sin efecto la sentencia del Superior Tribunal de la Provincia de Buenos Aires, confirmando la referida declaración de inconstitucionalidad.-

En principio, la Corte Suprema dispone aquí sin ambages ni retaceos, con una mayoría consistente en seis votos claramente definidos en el sentido indicado, que el control de constitucionalidad en manos de los jueces puede ser ejercido de oficio³¹, cuando existe una causa judicial en la que se presente la cuestión.-

Éste precedente confirma los moldes interpretativos que ya se habían adelantado en las disidencias habidas en Autos “Inhibitoria 50”

²⁹ Cfr. CSJN 327:3117 del 22/11/2005 ya citado. Ver entre otros, “LL” 2005-F, 453, con nota de Bárbara Figueroa y Christian Musitani. El precedente, que lleva el voto conjunto de los Magistrados Augusto **Belluscio**; Carlos **Fayt**; Antonio **Boggiano**; Adolfo **Vázquez**, Raúl **Zaffaroni** y Elena **Highton de Nolasco**, descalifica el decisorio de la Corte Provincial, enfatizando que la inconstitucionalidad apuntada, ya había sido declarada por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación con anterioridad (CSJN Fallos 320:1386), aunque enfatiza que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, cuando es producida en una causa judicial, no requiere la petición expresa de parte interesada (considerandos 3 y 4 del voto mayoritario). Por su parte, al fallar según su voto, el ministro Petracchi descarta el decisorio sólo por razones de arbitrariedad.

³⁰ Señala aquí con acierto Rolando Gialdino (del autor citado “Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad de Oficio” en “LL” del 10/06/2008, pag.1, nota 5 a pié de página, que “(...) en lo que atañe a la **actual composición de la Corte Suprema**, cuadra señalar que a) la doctrina del banco Comercial de Finanzas SA. Fue afirmada por los jueces Fayt, Zaffaroni y Highton de Nolasco; b) en “Lapadú c/ Estado Nacional”, dichos jueces reiteraron su postura anterior, al tiempo que los jueces Petracchi y Maqueda parecen haberse inclinado por la tesis opuesta – sentencia del 23/12/2004; Fallos 327:5723; 5729 y 5732 – c) la jueza Argibay es decididamente adversa al control de oficio – v. su disidencia en Gómez c/ Argencard SA. Sentencia del 27/12/2006, Fallos 329:5903, 5911/5912 – y d) la posición mayoritaria en este último pronunciamiento (Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti), no es del todo asertiva en el tema: la violación del principio de congruencia “nos e supera ni siquiera frente a la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, pues tal facultad en ningún caso podría conducir a dictar sentencias violatorias de dicho principio - ídem pag. 5908”.(el resaltado me pertenece)-

³¹ Bien señala al comentar éste precedente Rolando Gialdino (del autor citado “Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad de Oficio” en “LL” del 10/06/2008, pag. 1. Nota a pié de página, con cita a CSJN Fallos, 149:122; 302:1325 y 308:490), que ésta decisión “(...) alcanzaría, ciertamente, a todos y cada uno de los jueces, sean federales, nacionales o provinciales.-

Así, se expone aquí que los jueces están facultados a declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas, ya que si bien éstas declaraciones no pueden ser efectuadas “en abstracto”, de ello no se sigue la necesidad de una petición expresa efectuada por parte interesada, ello así, pues como bien sostuvo la Corte “Atento a que el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de hecho y no de derecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan erradamente, incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (Art. 31) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucionalidad, y desechando la de rango inferior”³², y enfatiza que no puede verse en ello desequilibrio ninguno de poderes a favor del Judicial, con mengua de los otros dos, ya que si la atribución en cuestión no es negada, “carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay”³³.-

Por ello, la Corte Suprema dispone aquí dejar sin efecto el fallo apelado, manteniendo la declaración de inconstitucionalidad del Decreto 2075/93, decretado en forma oficiosa por la Cámara actuante, en tanto encuadró como gasto del concurso a los gastos y adelantos de cualquier naturaleza efectuados por el BCRA con posterioridad a la liquidación del intermediario financiero, sin distinguir su naturaleza, causa ú origen, aunque resaltando además, como fundamento adicional de su sentencia, que ya la propia Corte había desestimado con anterioridad la constitucionalidad del referido Decreto en otra causa³⁴, lo que la tornaba también en “sentencia arbitraria”

VI LA ACTUACIÓN RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

(Un auspicioso tránsito del “control de oficio de constitucionalidad” al “control de oficio de convencionalidad”)

Señala con acierto Andrés Gil Domínguez³⁵ que al fallar el caso “Casal”³⁶, la Corte Suprema de Justicia de la Nación despeja toda duda sobre el paradigma

³² Párrafo 3 ° del voto mayoritario, con cita a Fallos 306:303, considerando 4 ° del voto de los jueces Fayt y Belluscio. Cfr. CSJN Autos “Ricci, Oscar c/ Autolatina Argentina SA. Y otro” Fallos 321:1058 “LL” 1998-E, 233.-

³³ Considerando 4 ° del voto mayoritario, que enfatiza además, que tampoco se opone éste criterio a la regla de presunción de validez de los actos administrativos, ya que ella cede cuando se contraría una norma de origen superior, ni menoscabe del derecho de defensa de las partes en juicio, pues esa interpretación llevaría también a descalificar “(...) toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso.-

³⁴ Considerando 6 ° del pronunciamiento. Lo que había acaecido en CSJN Fallos 320:1386. Recordamos que ésta postura dio lugar al pronunciamiento del Juez Petracchi en éste importante precedente (según su voto), quien no recurrió por ello a la argumentación habida en la posición mayoritaria, para concordar con su criterio, desestimando la sentencia del Superior Tribunal provincial, desde el concepto de “arbitrariedad de sentencia”.-

constitucional argentino que rige en modo progresivo desde 1853, al integrar sistémicamente el constitucionalismo liberal con los aportes actuales del estado Social de derecho. En tal contexto, reivindica la denominada "Fuerza normativa de la Constitución"³⁷ como uno de sus elementos esenciales.-

Es del caso aclarar que si bien en éste caso no se ha declarado "de oficio" inconstitucionalidad ninguna, la Corte Suprema enfatiza aquí la necesidad de efectuar "Control de Convencionalidad", verificando que la normativa interna se ajuste a lo dispuesto en Instrumentos Internacionales de Derechos humanos a los que nuestro texto fundamental les ha otorgado "jerarquía Constitucional, en términos del Art. 75 inciso 22.---

En el supuesto, un Tribunal Oral había condenado al encartado como coautor del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego. La defensa impetró recurso de casación, a fin de que se modifique la calificación legal atribuida al hecho endilgado. La Cámara Nacional de Casación Penal rechaza el recurso, al entender que con él se pretendía la revisión de cuestiones de hecho y prueba. La defensa interpone frente a ello Recurso Extraordinario, el que al ser también rechazado, motiva la generación de Recurso de Queja, que la Corte Suprema acoge sobre la base de los siguientes fundamentos:

Señala en primer lugar, que el Art. 456 del CPP. Debe interpretarse como habilitando una revisión amplia de la sentencia condenatoria, todo lo extensa que ella sea posible, conforme las posibilidades de cada caso en particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, para luego enfatizar que "Un recurso de casación que solo habilita la revisión de las cuestiones de derecho con el objetivo político de unificar la interpretación de la ley, resulta violatorio del derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria, consagrado en el Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ADLA XLIV, 1250; XLVI-B, 1107)"³⁸.-

Efectuando una interpretación progresiva del sistema procesal penal argentino, a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados, señala enfáticamente que "Con el texto del Art. 456 entendido exegéticamente y en armonía con los Art. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional, resulta aplicable en nuestro derecho la teoría que en doctrina alemana se conoce como del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento

³⁵ Gil Domínguez, Andrés "¿Es el control de constitucionalidad difuso una ficción?" en "LL" 2006-C, pag. 1460. Siguiendo aquí la doctrina enfatizada a su tiempo por Germán Bidart Campos. Ver de éste último autor "¿Qué es una Constitución?" en Revista Argentina de Derecho Constitucional, N° 1, EDIAR, 2000, pag. 3 y ss.-

³⁶ Publicado en "LL" 2005-F, pag.110

³⁷ Ver aquí, de Germán Bidart Campos "El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa" (EDIAR, 1995), y de nuestra autoría "Los Derechos Humanos de la Tercera Generación" (EDIAR, 1997). Cabe enfatizar aquí que la fuerza normativa de la Constitución no implica un mero desarrollo teórico, sino que impone una constante adecuación y revisión del modelo, con lo que las diversas ramas jurídicas se constituyen de éste modo en una modalidad de "derecho secundario o derivado", que en cada caso que se intente su especificación material, deberá mantener su constitucionalidad formal y sustancial para confirmar su efectiva validez y exigibilidad.-

³⁸ Fallo citado, en el voto del Dr. Fayt. Adunando a ello, sostuvo la Dra. Argibay en su voto, que "El Tribunal de Alzada nunca puede, sin violar el derecho a la doble instancia, dejar de considerar un argumento de la defensa cuyo tratamiento es posible, objetando que no está permitido su examen en la instancia de revisión" ello pues "El Art. 456 del CPP no resulta contrario a la garantía de la doble instancia en materia penal, en tanto no prohíbe que las sentencias dictadas por los tribunales orales puedan ser revisadas integralmente por la Cámara Nacional de Casación Penal".-

(leistungsfähigkeit), y con ello se abandona definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho”³⁹

Es bueno también recordar el voto de la Ministro Highton de Nolasco, que bien enfatizó que como consecuencia de haberse otorgado rango constitucional a diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, resulta menester verificar si la modalidad con que la Cámara Nacional de Casación Penal interpreta la procedencia del recurso, cumple con los recaudos que para el caso impone el Art. 8.2.h de la CADH, que establece el derecho del imputado a recurrir del fallo ante el Juez o tribunal Superior⁴⁰

Creemos que en éste contexto, se impone, de ser ello menester, la declaración de inconstitucionalidad [en éste caso, de “Convencionalidad”] de oficio a los jueces, en una línea interpretativa progresista, que debería consolidarse en su tránsito a habilitar su proyección al ámbito del Derecho Internacional de los derechos Humanos.---

En ello es que cabe coincidir plenamente con Andrés Gil Domínguez, en cuanto sostuvo que en el campo del Estado Constitucional de Derecho, el Juez facultado para interpretar la Constitución, no se encuentra limitado por la mera subsunción de los supuestos de hecho a la norma en cuestión, sino que la interpreta en sus positivities expresas y en sus implicitudes expansivas⁴¹, las que – según nosotros lo interpretamos – derivan también de la norma positiva que así las consagra⁴²

Diremos ahora, y aclarado ya lo antes expuesto, que el control “de oficio” de la constitucionalidad o convencionalidad,, posee en nuestro sistema jurídico un definido carácter de modalidad de última ratio, como un imperativo de resguardo del sistema⁴³.

No creemos nosotros, entonces, que el legislador sea órgano democrático de “primera palabra”, y el juez *como vía cotidiana y regular*, la controvierte si advierte la inconstitucionalidad.-

El legislador en las democracias se presenta como “la palabra de la población” y el Magistrado, como el articulador de control del sistema, lo que debe hacerse con la meticulosidad y cuidado del caso, respetando los roles de cada quien y evitando en lo posible, las intervenciones oficiosas regulares para descartar la normativa que – como regla – los jueces deben en principio aplicar por imperativo de la democracia constitucional.-

Enfatizamos entonces, y con la prevención antes apuntada, que ésta modalidad de control constitucionalidad debe efectuarse – así lo sea en forma oficiosa - , como deber de los Magistrados a tornar operativa la fuerza normativa de la Constitución, lo

³⁹ Cfr. Así lo expone el voto mayoritario del fallo, considerando 26. Agregó aquí la Corte, que “La interpretación del Art. 456 del CPPN conforme a la teoría del máximo rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable división entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente, acorde con las exigencias de la CN. Y que, por otra parte, es la que impone la jurisprudencia internacional” (del voto mayoritario, considerando 32).-

⁴⁰ Así lo indica el voto de Highton de Nolasco, en su considerando 8.-

⁴¹ Cfr. Gil Domínguez, Andrés, Op. Cit., pag. 1-

⁴² Ver, para ampliar ésta importante temática, de nuestra autoría “Sistema Jurídico y Derechos Humanos” en www.profesorjimenez.com.ar.

⁴³ Aquí discrepamos con nuestro amigo y colega Andrés Gil Domínguez (autor y op. Citada “supra”), quien sostiene por iguales razones, que la declaración de inconstitucionalidad oficiosa “(...) no es una vía excepcional, residual y de última ratio, sino que configura una práctica cotidiana, principal y de primera ratio”, señalando además Gil Domínguez, que “La única diferencia existente con el legislador, se especifica a partir del respeto por su actuación como órgano de primera palabra a través de los mecanismos deliberativos. Pero esto de ninguna manera retrae ni obstaculiza el control de constitucionalidad como herramienta central de la faz instrumental – que posibilita de abajo hacia arriba la validez, y de arriba hacia abajo, la eficacia del modelo”

que implica como derivación, que los jueces deben aplicar las leyes democráticamente sancionadas, salvo que ellas pretendan, por sus efectos, desarticular las redes esenciales del sistema.-

No dudamos del hecho de que la Constitución es una norma de orden público, cuya aplicación prioritaria se impone en forma directa.-

Aún así, no por ello descreemos que se reste efectividad a la regla de declaración de inconstitucionalidad de oficio por parte de los jueces, si además se señala que ésta regla es de aplicación excepcional. Lo expuesto, toda vez que los jueces no son legisladores, sino que controlan los productos de los legisladores, avalándolos cuando se hallan en línea con los preceptos del texto fundamental, y descartándolos, cuando por sus efectos, deterioran la indemnidad del sistema constitucional.-

Sí, nos parece importante destacar que éste nuevo tránsito jurisprudencial, admite definitivamente que los Magistrados se encuentran habilitados en las causas judiciales en que intervienen a declarar “de oficio” las inconstitucionalidades que advirtiesen, con lo que se enfatiza realmente la consolidación de la democracia.-

No casualmente se ha preguntado en su momento Rolando Gialdino⁴⁴ si con los nuevos aportes que derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no se fortalece el rol de los jueces al momento de efectuar control de constitucionalidad de oficio de normas jurídicas.-

Es que en el área de nuestro sistema normativo regional vigente, tenemos por adecuadamente asentado que el Estado Nacional Argentino ha asumido un deber de garantía frente al incumplimiento de las mandas derivadas del Sistema Jurídico que emanan de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de Costa Rica). Así, ha enfatizado en reiteradas ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el Poder Judicial se vincula necesariamente al deber de garantía que impone el Artículo 1.1 de la CADH y por ello, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa que la contraríe.-

O sea, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos manda también efectuar control de compatibilidad respecto de los mandatos imperativos de la CADH, de oficio, en caso de ser constatada la incompatibilidad en cuestión, máxime cuando el propio sistema constitucional Argentino ha ofrecido desde su reforma de 1994 a los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos contenidos en su Art. 25 inciso 22⁴⁵, la propia jerarquía de la Constitución Nacional⁴⁶.-

Es que al adquirir éstos instrumentos internacionales de Derechos Humanos en 1994 jerarquía constitucional, ellos se han tornado en pautas de interpretación obligatoria para los Poderes Públicos nacionales, en tanto integran el bloque de constitucionalidad y deben considerarse ley suprema en tanto no colisionen con los principios de derecho público establecidos en la Constitución Textual⁴⁷

⁴⁴ Gialdino, Rolando “Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad de Oficio” en “LL” del 10/6/08, ya citado en nota anterior. Recomendamos su íntegra lectura. Bien señala éste destacado autor – y nosotros concordamos con sus reflexiones – que actualmente “(...) junto al control de constitucionalidad, asienta su plaza el “control de convencionalidad”, vale decir, el control relativo a la compatibilidad de las normas o actos de los gobernantes con los tratados internacionales” (pag. 1).-

⁴⁵ Entre los que expresamente se encuentra la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH).-

⁴⁶ Recomendamos al lector, para profundizar ésta importante problemática, y los diversos matices que ella ofrece en doctrina, la lectura de nuestro “Derecho Constitucional Argentino” T ° 1, Capítulo V, punto V.3 y ss., EDIAR, 2000, Y además el tratamiento que a la cuestión ofrece Germán Bidart Campos en su Tratado de Derecho Constitucional Argentino (T. VI/ La reforma constitucional de 1994) EDIAR, 1995.-

⁴⁷ Así, ha sostenido el Juez Fayt al votar el caso “Arancibia Clavel” (CSJN Fallos 327:3312,3462, del 24/8/2004), que el texto fundamental argentino “Se erige sobre la totalidad del orden normativo. En segundo término, se ubican los tratados sobre derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del Art. 75 inciso 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran ésta categoría en el futuro – tercer párrafo del Art. 75 inciso 22 – (...) en tercer lugar, los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a

Entonces, y con las prevenciones antes apuntadas podemos señalar sin duda alguna que los Magistrados Judiciales de la República Argentina, en aquellos procesos en los que les toque intervenir, no solamente poseen la potestad de declarar “de oficio” la inconstitucionalidad de aquellas normas violatorias de la Constitución Textual, sino también de la legislación que se contraponga con aquellos instrumentos internacionales sobre derechos humanos jerarquizados en términos del Art. 75 inciso 22, del ordenamiento constitucional federal, siempre y cuando lo normado en los preceptos internacionales en cuestión, no se contrapongan con los principios de derecho público que dimanen del texto fundamental⁴⁸.--

VII PARA CONCLUIR

Creemos, por lo antes expuesto, que la doctrina prohibitiva de la declaración oficiosa de la inconstitucionalidad de las leyes por parte de los jueces en los procesos en que les toca intervenir, mantenida por la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina desde sus inicios, y hasta el año 2001, resultaba infundada, y ciertamente incongruente, llegando a ser tachada de inconstitucional por la doctrina constitucionalista más calificada⁴⁹

Es que teniendo en cuenta las características de nuestra Constitución Federal (codificada, rígida, con tendencia a la perdurabilidad), y habiendo recogido en forma expresa la doctrina norteamericana del caso “Marbury v. Madison”, citada en precedentes anteriores⁵⁰, que implicó la concreta realización, sin ambages, de una modalidad de “control de constitucionalidad de oficio” por parte de los jueces, no puede ser válidamente desconocida ésta facultad deber impuesta a los jueces de la República. –

Así, esta saludable expansión de la posición “renovadora”, instada por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha obtenido un claro y eficiente seguimiento por parte de los Tribunales Inferiores de la República⁵¹

Consecuencia de lo antes señalado, creemos que nuestro ordenamiento constitucional ofrece más que sólidas señales – imperativos constitucionales, debemos expresar – de que la regla de indemnidad de la supremacía constitucional no es negociable, y coloca ese rol de defensa esencialmente en los Magistrados Judiciales, como corolario de la función pública institucional de que han sido investidos.-

Dado que ordenamiento federal argentino, implica la generación de un sistema de control difuso de constitucionalidad, su ejercicio “de oficio” por parte de todos los

propósito de los tratados de integración; y por último, las leyes del Congreso”. También señaló el mencionado Magistrado al votar el fallo “Casal” antes citado, que “(...) el Art. 8.2.h de la Convención Americana, y el Art. 14.5 del Pacto Internacional, pasaron a configurar un imperativo constitucional, siempre que su contenido no resulte violatorio de los principios de derecho público local establecidos en el Art. 27 de la Constitución Nacional como manifestación inequívoca de la soberanía estatal”

⁴⁸ Tal la doctrina sentada por la CSJN., en Fallos 316:1668, 1669 y 317:1282.-

⁴⁹ Cfr. Por todos, ver Sagüés, Néstor Pedro “La prohibición de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas (un problema de sociología jurídica)” citado (“LL” 1981-A, 841).-

⁵⁰ Principalmente, en el caso “Sojo” [CSJN Fallos 32:110].-

⁵¹ Y aún adelantada por ellos,. Ver, para cotejo el fallo de CFASS, Sala II-1998/12/13 “Cifuentes, Rosa c/ ANSeS “DT” 1999-B, 2155, con nota de Walter carnata

jueces, resulta no solo esperable, sino más bien exigible, en casos concretos sometidos a su competencia, ello por cierto, con la meticulosidad y mesura que dicho rol impone.-

Así lo deseamos, en el deseo de propiciar un margen de cultura democrática abierta a la expansión de una sólida tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la República.---