

Biblioteca

**Ciclo orientado de Derecho Público**

**UNIVERSIDAD FASTA - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Carrera: Abogacía**

**Cátedra: Derecho Procesal Constitucional**

**Título del trabajo: *Control de constitucionalidad: su ejercicio de oficio.***

**Alumno: María Fernanda Giaccaglia**

**Tutor: Fabián U. Fernández Garelo**

**Junio de 2007**

  
BIBLIOTECA  
CAJA 78

## Índice

Introducción	1
El principio de supremacía constitucional	3
El control de constitucionalidad. Su origen y características principales	8
El <i>leading case</i> "Marbury vs. Madison"	9
Control de constitucionalidad de oficio	11
Evolución Jurisprudencial de la CSJN	13
Desde la instalación del Tribunal hasta 1941	13
Desde el año 1941 hasta 1984	14
Variación jurisprudencial	15
Fisuras en la posición tradicional, a partir de 1984	16
Situación actual	18
Posiciones doctrinarias	20
Presunción de legitimidad de las normas	23
Equilibrio y división de poderes	24
Amplitud del debate procesal y derecho de defensa	25
El principio " <i>iura novit curia</i> "	26
Renuncia de parte	28
Postura intermedia – cuestión del orden público	30
El amparo. Situación antes y después de la reforma de 1994	32
La cuestión en el ámbito provincial	34
La cuestión en la provincia de Buenos Aires	37
Conclusión. Opiniones personales	38
Bibliografía	40
Agradecimientos	

## Introducción

Nuestra Constitución Nacional establece en su artículo 31 el principio de *supremacía constitucional*. Esta norma establece que todo el ordenamiento jurídico del Estado será presidido por una norma fundamental y suprema, que es la Constitución.

A partir de la reforma constitucional del año 1994, presenciamos un reajuste del concepto tradicional de supremacía, con la incorporación del artículo 75, inciso 22. Este precepto enuncia la suprallegalidad de los tratados internacionales, y le concede jerarquía constitucional a aquellos que versen sobre derechos humanos.

Con lo cual, la Constitución, conjuntamente con estos instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional, componen un bloque que tiene igual supremacía sobre el derecho infraconstitucional.

Pero no hay que perder de vista que poco vale el principio de supremacía, si no se planifica un sistema de control que la haga efectiva.

Allí es donde aparece el *control de constitucionalidad* como mecanismo para velar por ese principio fundamental del derecho constitucional. Este control es una facultad o atribución conferida a un órgano del Estado para discernir y, en su caso, adecuar u ordenar los actos de los restantes poderes estatales al texto constitucional. Dicho control configura una de las más grandes contribuciones del orden jurídico para proteger los derechos del hombre.

La modalidad adoptada en nuestro país es la del control judicial difuso, por lo que incumbe a todos los magistrados del territorio declarar la inconstitucionalidad de las leyes en los casos que juzgan.

Con relación al control de constitucionalidad de las leyes, uno de los tópicos más controvertidos, versa sobre la posibilidad o no de llevarlo a cabo *de oficio*.

Existen destacados juristas que afirman que los jueces no violan los principios procesales cuando, de oficio, declaran la inconstitucionalidad de las leyes, y aquellos que por el contrario, afirman que no puede consentirse, al menos sin que se viole la Constitución Nacional, que los jueces se tomen la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes sin un requerimiento expreso formulado a petición de parte.

En el presente trabajo intentaremos mostrar un breve recorrido por las diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, en la personal búsqueda de comprometemos con una de ellas, que es la postura que permite a los jueces la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las normas.

De todas formas, parece importante destacar lo valioso de ambas posiciones, ya que siempre pretenden defender la vigencia superior de las normas constitucionales, por sobre cualquier intento de vulnerarlas.

## El principio de supremacía constitucional

Para comenzar con el desarrollo del trabajo, consideramos necesario hacer una breve mención al principio de supremacía constitucional, objeto de protección del control de constitucionalidad.

Este principio está establecido en el artículo 31 de nuestra Constitución Nacional y reza de la siguiente manera: *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse con ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859"*.

Dicha norma nos indica que el ordenamiento jurídico del Estado es presidido por una norma fundamental y suprema, que es la Constitución Nacional. Fundamental, en cuanto ella es el cimiento sobre el que se asienta toda la arquitectura normativa. Suprema, porque está por encima de todas las demás normas, con esa primigeneidad que nutre de vitalidad el sucesivo desencadenamiento jurídico.

Existe una subordinación de las normas inferiores respecto de las superiores y remontándonos sucesivamente, arribamos a la superior y subordinante de todas las normas, que es la Constitución. De allí que la validez formal de una norma, depende de que haya sido creada por el órgano y con el procedimiento establecido por la superior, mientras que la validez sustancial existe en cuanto el contenido jurídico de la norma es congruente con el sustrato de derecho de su antecesora.

La teoría de la supremacía fue elaborada en un contexto universal en el que los Estados eran concebidos como unidades políticas cerradas y replegadas sobre sí mismas, dentro del contexto mundial. Con el correr del tiempo, el Derecho Internacional Público fue avanzando.

Así como los Estados siguen existiendo, sus ordenamientos internos y sus constituciones también; pero se les filtran contenidos que provienen de fuentes heterónomas o externas; entre ellas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Comunitario.

Hasta el año 1983 la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que los tratados internacionales estaban en un plano de igualdad con las leyes de la Nación. Consecuencia de esta interpretación, era que una ley nacional podía dejar sin efecto, total o parcialmente, las cláusulas de un tratado internacional conforme el principio según el cual las leyes posteriores derogan las anteriores.

Al resolver la Corte Suprema los casos "*Ekmekdjian c/ Sofovich*"<sup>1</sup> y "*Fibraza*"<sup>2</sup>, admitió la prevalencia de los tratados internacionales sobre las disposiciones del derecho interno.

Con la reforma constitucional de 1994, el nuevo inciso 22 del artículo 75 preceptúa que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, y a continuación enumera algunos tratados internacionales de derechos humanos respecto de los cuales "*en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...*". Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Grandes dudas se suscitan respecto de si la jerarquía constitucional que les asigna este artículo, equivale o no también a la prevalencia de ellos por sobre la Constitución.

El doctor Gregorio Badeni analiza prolijamente los debates suscitados en la Convención Reformadora de 1994 acerca de este punto y menciona que el convencional Rodolfo Barra, tras destacar que todos los tratados tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional, sostuvo que algunos de ellos son elevados al rango constitucional y por ello están en pie de igualdad con la Constitución Nacional, pero no la integran estrictamente, sino que la complementan, y no por ello se le niega el carácter de suprema a la Constitución, porque los tratados no son normas de la Constitución ni se incorporan a ella.<sup>3</sup>

Respecto al carácter 'complementario' que la Constitución le atribuye a los tratados, el mencionado convencional señaló que su inserción obedeció al propósito de aseverar que ellos no pueden modificar los artículos 1 a 35 de la Ley Fundamental porque, en caso contrario, se estaría vulnerando el artículo 7º de la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional, que fulmina de nulidad absoluta cualquier modificación que se quiera introducir a la primera parte de la Constitución Nacional.

El doctor Badeni agregó que, conforme a este principio, los derechos que consagran los tratados no colisionan con los preceptos constitucionales sino que los complementan, explicitan o perfeccionan y que, si en algún caso concreto, se llegara a presentar una contradicción, no existirá la complementariedad exigida ahora por el

<sup>1</sup> Fallos: 315:1503; 7 de julio de 1992.

<sup>2</sup> Fallos: 316:1669; 7 de julio de 1993.

<sup>3</sup> BADENI, Gregorio; "El caso Simón y la supremacía constitucional", **Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de LL**, 29 de Julio de 2005, p. 1 y siguientes.

constituyente, por lo tanto, estos derechos no estarán perfeccionados, con lo que no podrán aplicarse.

Bidart Campos manifiesta que:

"La asignación de jerarquía constitucional quiere decir que los tratados se sitúan al mismo nivel de la constitución, comparten supremacía y encabezan con ella nuestro ordenamiento jurídico, ubicándose en el llamado bloque de constitucionalidad, fuera de la constitución documental".<sup>4</sup>

Concluye este autor que los tratados establecidos en el artículo 75, inciso 22, no entran a formar parte del texto de la Constitución Nacional y quedan fuera de él, en el bloque de constitucionalidad federal, y comparten con la Constitución su misma supremacía.

Entonces, toda la Constitución, en común con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional, componen un bloque que tiene igual supremacía sobre el derecho infraconstitucional.

De todas formas, no podemos perder de vista que la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver las causas "*Arancibia Clavel*"<sup>5</sup>, "*Espósito*"<sup>6</sup> y "*Simón*"<sup>7</sup>, asigna supremacía a los tratados de derechos humanos sobre las normas de la Constitución Nacional. Atento a que la doctrina judicial que sientan los integrantes del Alto Tribunal en esos tres casos es similar en su concepción central, nos limitamos a comentar en particular dos de los votos que contiene la sentencia en el caso "*Arancibia Clavel*".

El juez Boggiano, que integra la mayoría, dijo que

"la armonía o concordancia entre los tratados y la constitución es un juicio constituyente ... no pueden (los tratados) ni han podido derogar la constitución pues esto sería un contrasentido susceptible de ser atribuido al constituyente ... los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías ... las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente ... el congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos que no pueden entrar en colisión o tener preeminencia pues constituyen la constitución misma".<sup>8</sup>

Resulta utópico decir que entre la Constitución y los tratados no puede haber colisión, pues, precisamente, en el caso que traemos a colación, "*Arancibia Clavel*",

<sup>4</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, 1995, t. III, p. 276.

<sup>5</sup> LL 2004 – E, p. 827; 2004.

<sup>6</sup> LL 2005 – B, p. 803; 2004.

<sup>7</sup> LL 2005 – F, p. 24; 2005.

<sup>8</sup> LL 2004 – E, p. 827, considerandos 9 y 10 de su voto.

se da la colisión entre la convención sobre imprescriptibilidad y la irretroactividad del artículo 18 de la Constitución Nacional y de otros tratados incorporados a ella.

Con sentido jurídico y realista el juez Fayt dice en su voto en disidencia en esta causa que:

"la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no puede significar en modo alguno que en caso de que esas categorías de tratados contuvieran disposiciones contrarias a la primera parte de la constitución aquellos deban primar sobre el derecho interno (...) la constitución nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo".

El constitucionalista Manili<sup>9</sup> analiza con gran prolijidad y casuismo la cuestión que nos ocupa, pero enrolado en la posición contraria a la del Juez Fayt, al sostener que el derecho internacional de los derechos humanos está por encima de la Constitución Nacional, dice que quienes pensaban que el artículo 31 trazaba una ordenación jerárquica entre tratados y leyes, hoy deberían asumir, para mantener la coherencia, que el nuevo párrafo del artículo 75, inciso 22 ha modificado esa norma; y como ella no podría ser reformada por la expresa prohibición de la ley 24.309, deberían considerar que el constituyente de reforma se excedió y que por lo pronto dicho párrafo es nulo. Si se considerara que el artículo 31 ha sido modificado en la reforma de 1994 por los incisos 22 y 24 del 75 sería nula de nulidad absoluta por aplicación de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la ley 24.309.

La protección internacional de los derechos humanos constituye uno de los aspectos más significativos que caracterizan al constitucionalismo actual; sin embargo, esta protección no puede dejar de lado las garantías ya establecidas por el constitucionalismo clásico original. La misma, proveniente del derecho internacional, es complementaria de los derechos de primera generación, establecidos en los textos constitucionales nacionales.

Este tema ha sido muy debatido, pero concluimos remitiéndonos al artículo en cuestión cuando habla de la 'no derogación' de ningún artículo de la primera parte de la Constitución, que en un conjunto normativo que comparte un mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico, todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema, sin que entre si puedan oponerse irreconciliablemente.

La existencia de este sistema de normas concatenadas jerárquicamente, exige los medios idóneos y las garantías que aseguren la plena vigencia de ese ordenamiento; para lo cual se recurre a los sistemas de control.

<sup>9</sup> MANILI, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Editorial La Ley, 2003, p. 170.

Como bien dice Bidart Campos, esta doctrina es una construcción elaborada en el plano del deber ser, razón por la cual, *"si no se desencadena como corolario algún mecanismo para hacerla efectiva, corre riesgo de ineficacia y falta de practicidad"*.<sup>10</sup>

Entonces concluimos con Sagüés que *"poco vale el principio de supremacía constitucional, si no se planifica un aparato de control de esa supremacía"*.<sup>11</sup>

Allí es donde aparece el control de constitucionalidad como mecanismo para velar por ese principio fundamental del derecho constitucional.

No hay que perder de vista sin embargo, que el texto de la Constitución de 1853 no poseía ninguna norma que expresamente atribuyera al Poder Judicial esta facultad de control. Entonces, muchos justificaron el control judicial en base a la atribución constitucional de poderes implícitos. Estos poderes son facultades que, sin estar enumeradas en la Constitución Nacional, se encuentran incluidas como propias de los órganos encargados del cumplimiento de las funciones estatales; resultan de la práctica judicial diaria. Es imposible contar con un catálogo completo de las facultades de cada poder.

La excepción a la falta de asignación expresa a los jueces de la facultad de control, aparece con la reforma constitucional de 1994 que habilitó en forma expresa al juez del amparo para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva (artículo 43, 1º párrafo de la CN).

---

<sup>10</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación y el control de constitucionalidad en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Bs. As, 1998, p. 118.

<sup>11</sup> SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2001, t. I, 3º edición actualizada y ampliada, 1º reimpresión, p. 169.

## El control de constitucionalidad – su origen y características principales

El *control de constitucionalidad* es una facultad o atribución conferida a un órgano del Estado para discernir y, en su caso, adecuar u ordenar los actos de los restantes poderes estatales al texto constitucional. Dicho control configura una de las más grandes contribuciones del orden jurídico para proteger los derechos del hombre.

Es importante tener en cuenta que la problemática del control de constitucionalidad de las leyes aparece, como bien lo pone en evidencia Calamandrei, en aquellos países que tienen constituciones rígidas<sup>12</sup>, pues en los que la Carta Suprema es flexible los conflictos normativos se resuelven en la escala horizontal, en los que la ley posterior deroga a la anterior.

En el derecho comparado se constatan diversos sistemas de control de constitucionalidad. Por una parte, encontramos el político, donde la facultad es desarrollada en forma directa o indirecta por los poderes legislativo o ejecutivo (por ejemplo el Consejo Constitucional establecido en Francia mediante la Constitución de 1958), y su fin es siempre preventivo, opera antes de que las leyes sean sancionadas.

Por otro lado, encontramos el control de tipo judicial, en que la atribución está en cabeza de los jueces. Aquí, además, existen dos alternativas de ejecución de tal atribución. Puede darse el supuesto de que el control sea ejercido por jueces especializados en temas constitucionales, instituidos al efecto y organizados de un modo especial (concentrado), o puede ocurrir que la magistratura en general cuente con la atribución de ejercer el referido control (difuso).

La modalidad adoptada en nuestro país es la del control *judicial difuso* por lo que incumbe a todos los magistrados del territorio sin diferenciar entre jueces nacionales y provinciales. La Corte Suprema ha dicho que "*es regla tan imperativa para las provincias como para la nación que la facultad de declarar inconstitucionales las leyes, y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia*".<sup>13</sup>

El órgano encargado de llevar a cabo la revisión de constitucionalidad es el Poder Judicial, no por encargo expreso de la Constitución Nacional (ya que ella nada dice de modo explícito), sino por construcción jurisprudencial y legislativa, siguiendo

<sup>12</sup> CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, t. II, vol. II, p. 119.

<sup>13</sup> Fallos: 149:122; 243, considerandos 10 y 311:460 – LL, 1988 – D, 143 -; 302:132, entre otros.

las directrices de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, principalmente en el caso "*Marbury vs. Madison*"<sup>14</sup>.

Sin embargo, el principio de la supremacía constitucional y de la no aplicación de las normas refractarias a la Constitución por parte del Poder Judicial, es muy anterior al célebre caso "*Marbury vs. Madison*".

Según se recuerda, Hamilton había advertido claramente que correspondía a la magistratura judicial discernir el significado de la Constitución, y siempre sobre la base de que 'la constitución deberá prevalecer sobre la ley'<sup>15</sup>. En el campo del derecho estadual (provincial), la Suprema Corte de Rhode Island, en el caso "*Trevett v. Weeden*"<sup>16</sup> había declarado a una ley local "repugnante e inconstitucional". Y la misma Corte de los Estados Unidos, en el caso "*EUA vs. Todd*"<sup>17</sup> invalidó una norma federal concerniente a tareas extrajudiciales impuestas a una corte de circuito.

#### **El leading case: "*Marbury vs. Madison*"**

No obstante ello, será el caso "*Marbury vs. Madison*" el que definirá rotundamente el principio según el cual, los jueces no deben aplicar en el caso concreto la ley inconstitucional.

En dicho caso, el Supremo Cuerpo Judicial se expresó con valiosos fundamentos jurídicos, no exentos de motivaciones políticas, considerando nula una norma del Congreso que se apartaba de la Carta Máxima.

El trasfondo político se ve con nitidez si se tiene en cuenta que el litigio de referencia votado en la Corte por su presidente, el juez Marshall, rondaba en derredor de la solicitud de Marbury para que se firmara la designación que le había hecho el presidente Adams pocos días antes de dejar su cargo. Cuando asumió Jefferson la presidencia, sus adeptos (de ideología opuesta a la de Adams), se negaron a ponerlo en el cargo. En efecto, el secretario de estado Madison, reiteradamente se opuso a que se firmara tal designación, de ahí el litigio. La solución dada por la Corte benefició a los seguidores de Jefferson y, por supuesto, perjudicó a Marbury (que era federalista, y por ende, opositor a aquellos). Sin embargo, no con esto se quiere decir que dicho tribunal haya obrado así para favorecer a un sector político, ya que su fallo tuvo trascendentes argumentos jurídicos. Empero, no debe perderse de vista la circunstancia antes indicada.

---

<sup>14</sup> Fallo de la Corte Suprema de los "*Marbury vs. Madison*", año 1803.

<sup>15</sup> "*El federalista*", año 1788.

<sup>16</sup> Año 1786.

<sup>17</sup> Año 1794.

Este *leading case* ha sido destacado por la mayoría de los autores como el antecedente más importante respecto de la posibilidad de contralor judicial de la constitucionalidad de las leyes, ya que en definitiva sostuvo, que los judicantes en su tarea interpretativa, están obligados a llevar a cabo este tipo de revisión.

Este caso, resuelto por la Suprema Corte de EEUU en 1803, es señalado entonces, como el origen del control de constitucionalidad difuso. Puede advertirse que fueron construyéndose reglas para su ejercicio:

- El control se ejerce en el marco de un caso concreto y no en abstracto.
- Quedan exentas de revisión las cuestiones políticas no judiciales.
- La declaración de inconstitucionalidad no deroga la disposición.
- Es excepcional, y los jueces ante la duda estarán por la validez de la norma o acto, porque ellos se presumen acordes a la constitución.
- La declaración de inconstitucionalidad debe oponerse como defensa y no puede ser declarada de oficio y debe causar gravamen en los derechos del particular, lo cual debe ser alegado y probado por aquel.

En forma sustantiva, la Corte Federal Argentina fue adoptando todas estas reglas, elaboradas en su mayoría por la Corte de Estados Unidos; las que desarrollaré más adelante al mencionar los distintos fallos de la Corte.

## Control de constitucionalidad de oficio

El enunciado tan categórico y terminante del control de constitucionalidad por parte de los jueces, sufrió varias autolimitaciones. Entre ellas, la de pronunciar la inconstitucionalidad del caso *sólo a petición de parte*. Thomas M. Cooley, autor estadounidense, estableció que

“una ley se supone válida hasta que alguno se queja de ella, porque invade sus derechos, y 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, sobre su propiedad y sobre sus derechos, que la objeción de inconstitucionalidad puede ser presentada y sustanciada”.<sup>18</sup>

No hay que perder de vista que la declaración de inconstitucionalidad debe ser practicada con equilibrio, moderación, prudencia y conforme a las reglas que rigen para declarar la invalidez de una norma. Es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable, es decir, se debe recurrir a ella como *ultima ratio*.

El tema de la declaración oficiosa adquiere mayor conflictividad porque el principio general, sostenido de forma casi unánime por los Tribunales del país con la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la cabeza, a lo largo de muchos años, era que ‘no les corresponde a los jueces declarar la inconstitucionalidad de una norma legislativa o de un acto administrativo, si no ha sido planteado expresamente y fundamentalmente por parte interesada en una causa judicial’.

Y esto se asentaba, básicamente, en las siguientes razones:

- a) Es esencial a la organización de la justicia como poder, que no le sea dada la facultad de controlar de oficio, los actos legislativos o decretos de la administración<sup>19</sup>.
- b) Lo exige la división y el equilibrio de los poderes.
- c) Por cuanto la declaración de inconstitucionalidad exige un amplio y explícito debate.
- d) Por la presunción de validez de los actos estatales.
- e) Por la necesaria existencia de perjuicio para la parte que impugna la constitucionalidad.

<sup>18</sup> COOLEY, Thomas, **Principios generales de derecho constitucional en los Estados Unidos de América**, trad. por Julio Carrie, Buenos Aires, 1898, p. 144, núm. 4.

<sup>19</sup> “Fallo SA Ganadera Los lagos”; Fallos: 190-142.

Pareciera que actualmente presenciemos un auténtico cambio de paradigma.

Muchos pensadores opinaron que fueron razones de decoro, de prudencia política y hasta de bien común (ya que se trataba de encontrar una fórmula de coexistencia entre los distintos órganos del poder), las que generaron la teoría de la prohibición de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad. Dicha concepción tenía escaso basamento jurídico.

En resumen, si fueron motivos de sociología judicial los que dieron lugar al nacimiento de la teoría prohibitiva, es visible hoy que también razones de sociología judicial bregan por su abandono.

## Evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Como punto de partida hay que tener en cuenta que los órganos jurisdiccionales no pueden desaplicar una ley, salvo que la declaren inconstitucional.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina argentinas han erigido, a nivel de mito, el principio de la inhabilitación judicial para ejercer el control de constitucionalidad sin que medie requerimiento de parte interesada.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha tomado diferentes posiciones en cuanto al tema en cuestión, pudiéndose distinguir las siguientes etapas:

### ➤ *Desde la instalación del Tribunal hasta 1941*

Hasta 1941 no hubo una regla explícita sobre la necesidad de la petición de parte para el ejercicio del control. Dentro de ese período encontramos algunos fallos en los que la Corte habría ejercido el control de oficio o bien habría establecido el ejercicio del control como una obligación de los jueces.

En primer lugar nos encontramos con el caso "*Caffarena c. Banco Argentino del Rosario*"<sup>20</sup>, donde el tribunal admitió claramente que estaba en la esencia del orden constitucional, que los tribunales tuvieran, no sólo la facultad, sino la obligación de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución Nacional.

Inmediatamente después fue resuelto el caso "*Casares c. Sívori*" fallado por el juez seccional y confirmado por la Corte Suprema Nacional en 1872<sup>21</sup>. Sostuvo allí el magistrado de la instancia de origen, elucidando una cuestión planteada respecto a la inconstitucionalidad de un impuesto, que aunque las partes nada hayan dicho sobre esta temática – es decir, en ausencia de planteo específico – mandar a pagar tal emolumento fiscal 'sería dar eficacia a actos inconstitucionales con violación de la ley suprema que todos deben acatar...'<sup>22</sup>. Parece obvio que al haber ratificado tal pronunciamiento, nuestro más Alto Tribunal hizo suya en aquel entonces la doctrina permisiva.

Más tarde, en el caso "*Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo*"<sup>23</sup>, admitió la declaración de inconstitucionalidad de oficio, pese a que la demandada no la había solicitado, respecto de la ley que afectaba su propiedad, limitándose a efectuar

<sup>20</sup> Fallos: 10:427; año 1871.

<sup>21</sup> Fallos, t II, serie 2º, años 1971/72, ps. 257 y 265; el 26 de octubre de 1871.

<sup>22</sup> Fallos, t II, p. 260.

<sup>23</sup> Fallos. 33:162; año 1888.

una interpretación distinta de la sostenida por la Municipalidad expropiante. El tribunal estableció que era elemental para la organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que traen a su decisión, comparando con el texto de la Constitución, y abstenerse de aplicarlas si se encuentran en oposición a ella.

Finalmente en el caso "*Schmitt*"<sup>24</sup>, al resolver un planteo de nulidad de un contrato administrativo, el tribunal utilizó conceptos propios del Código Civil relativos a las potestades del juez respecto de las nulidades absolutas y manifiestas. Allí la Corte dijo que el contrato padeció de una nulidad por defecto de forma, agregando luego que dicha nulidad es manifiesta porque aparece de la lectura del contrato mismo, y es absoluta porque afecta directamente al interés público y puede ser declarada de oficio por el juez. En síntesis, se declaró de oficio la inconstitucionalidad de un contrato administrativo.

Puede notarse que en este período, si bien la Corte nada dice específicamente sobre la potestad de ejercer el control de oficio, emplea no obstante criterios que llegaron a justificarlo.

➤ ***Desde el año 1941 hasta 1984***

En este segundo período, la Corte estableció que el control no podía ser ejercido de oficio, salvo cuando se trataba de ejercerlo para mantener su independencia como poder, o era necesario preservar la integridad del poder judicial.

La regla general fue establecida formalmente en el caso "*SA Ganadera Los Lagos c. Gobierno nacional*"<sup>25</sup>. Allí la Corte Suprema expresó que era condición de la organización de la administración de justicia no darle a los jueces el poder de controlar de oficio los actos legislativos o los decretos de la administración.

Para mantener el equilibrio de los poderes, dice la Corte, es necesario 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 el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional.

Con estas expresiones, la Corte Suprema, en ese momento, sentó las bases de la doctrina sobre la cuestión, enrolándose en la postura según la cual el control de constitucionalidad no procede sin petición de parte.

<sup>24</sup> Fallos: 179:249; año 1937.

<sup>25</sup> Fallos: 190:98; 30 de junio de 1941.

El argumento vertido en este caso fue con cita de Thomas Cooley (autor estadounidense): *'que es condición esencial en la organización 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 el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional'* <sup>26</sup>. Como ha dicho Cooley, es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados. Sólo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima. Sin este freno el equilibrio de los tres poderes, condición esencial del gobierno organizado por la constitución, se habría roto por la absorción del poder judicial en desmedro de los otros dos.

#### ➤ **Variación jurisprudencial**

En los autos *"Partido Provincial Unión Santiagueña"*, el Tribunal determinó que el principio de referencia tiene como excepción *'el supuesto de que la reglamentación legislativa exceda los límites constitucionales de las atribuciones jurisprudenciales de esta Corte y en la medida necesaria para determinar la competencia del tribunal'* <sup>27</sup>.

Otra situación fue la *acordada de la CSJN del 7 de marzo de 1968*<sup>28</sup>, donde sin mediar pleito alguno, el Cuerpo entró a merituar la constitucionalidad de una ley por entender que en tal problema entraban en juego los principios relativos al régimen federal de gobierno y el alcance de la jurisdicción conferida a la Corte y a los tribunales nacionales por la Constitución.

La exigencia de petición de parte, no obstante, ha sido obviada en los supuestos en que la disposición normativa impugnada afectara la autonomía del Poder Judicial, determinara la ampliación o restricción de la competencia originaria del Tribunal o cuando se tratase de excesos reglamentarios en leyes que implicaron el menoscabo de la independencia de dicho poder autorizando el avance de los otros.

Entre muchos casos, a título de ejemplo, menciono *"Acosta, Héctor c. Crysf S.A."*<sup>29</sup>, en donde fue admitido un planteo de inconstitucionalidad en la alzada, sin que

<sup>26</sup> Rev LL, t. 23, p. 253.

<sup>27</sup> Fallos: 238:288.

<sup>28</sup> E.D. 26-907.

<sup>29</sup> Fallos: 298:147; año 1977.

hubiese sido efectuado en primera instancia, lo que constituía un cambio importante, pues si bien había mediado requerimiento de parte interesada, procesalmente no era atendible ya que no había integrado originalmente la litis.

El tribunal no lo resolvió de oficio. Pero si pensamos que la jurisdicción de los tribunales de alzada está limitada por la materia del recurso, y que en lo recurrido no estaba incluida la cuestión de constitucionalidad omitida en primera instancia, va de suyo que la Cámara que acogió dicha cuestión lo hizo más que por haberla introducido la parte en los agravios, porque era competencia suya, inescindible de la causa que debía fallar.

Dicho esto, la Cámara y la Corte entienden que pudo emitirse en segunda instancia una declaración de inconstitucionalidad recién introducida en el proceso al expresarse agravios, 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 y porque el juez lo debe llevar a cabo aunque nadie lo incite a hacerlo.

➤ ***Fisuras en la posición tradicional, a partir de 1984***

En este tercer período, la tesis prohibitiva del control de oficio se mantuvo en la composición de la Corte, pero con ciertas disidencias. Tal fue el caso de los ministros Fayt y Belluscio en los precedentes registrados en los siguientes casos.

En el caso "*Juzgado de Instrucción nº 50 de Rosario*"<sup>30</sup>, se había planteado un conflicto positivo de competencia entre un Tribunal Militar y un juez de instrucción de la ciudad de Rosario, quien había declarado de oficio la inconstitucionalidad de unos artículos del Código de Justicia Militar. La posición mayoritaria de la Corte, se pronunció por la competencia de la Justicia Militar, en el entendimiento de que el control de constitucionalidad de oficio ejercido por el juez no era válido.

En disidencia votaron los jueces Carlos S. Fayt y Augusto C. Belluscio, quienes sostuvieron que es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución. Mas de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente – *iura novit curia* –,

<sup>30</sup> Fallos: 306:303.

incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (artículo 31 de la CN) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, la constitucional.

Otro caso a tener en cuenta en esta etapa es "*Peyrú*"<sup>31</sup>, en el cual se discutía la constitucionalidad de la actualización de multas aduaneras. La Corte tiene establecido en numerosos pronunciamientos que esta norma es inconstitucional, con lo cual, la actora no se vio obligada a plantear expresamente la inconstitucionalidad de la misma. Grave error éste que, en definitiva, le valió el rechazo de su demanda. El Tribunal *a quo* había declarado la inconstitucionalidad de oficio, pero la Corte, rígidamente aferrada a su rigorismo formal, revocó el pronunciamiento y ordenó dictar nuevo fallo. El voto mayoritario admite la inconstitucionalidad de la norma, pero ordena revocar el fallo por no haberse planteado a pedido de parte la inconstitucionalidad.

Este fallo no es innovador pero sirve en cambio para demostrar el absurdo al cual conduce la aplicación mecánica de la regla de la prohibición del control de oficio. La Corte admite que la ley es inconstitucional, pero se abstiene de aplicar la tesis que ella considera correcta debido a la omisión de un recaudo formal. En definitiva, frente a casos idénticos, falla de diferente manera. Aceptar esto, nos llevaría a la pregunta de si nuestro sistema jurídico es tan relativo que el derecho, la verdad jurídica objetiva, es susceptible de ser cambiada por un mero planteo procesal.

A la posición minoritaria, es decir, aquella que avala la declaración de inconstitucionalidad de oficio, se sumó el doctor Boggiano en sus votos en disidencia en los casos "*Banco Buenos Aires Building Society s/quiebra*"<sup>32</sup> y "*Ricci, Oscar Francisco Augusto c. Autolatina Argentina S.A. s/accidente ley 9688*"<sup>33</sup>.

En el primero de esos votos sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad de oficio sin que medie petición de parte no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás poderes, ya que dicha tarea es la esencial de aquél, una de cuyas funciones específicas es la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por los poderes Ejecutivo y Legislativo, a fin de mantener la supremacía de la Constitución.

Si bien los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad en abstracto, de ello no se desprende necesariamente que la parte interesada deba requerir en forma expresa dicho control; ya que éste constituye una cuestión de derecho – *iura novit curia* -.

No se afecta la presunción de legitimidad de los actos legislativos ya que dicho instituto es meramente provisional y cede, en un sistema de control de

<sup>31</sup> "*Peyrú, Osvaldo*", 02-07-87, ED, 125-557, fallo anotado por Bidart Campos.

<sup>32</sup> Fallos: 321:993; año 1998.

<sup>33</sup> Fallos: 321:1058; año 1998.

constitucionalidad judicial difuso, ante la comprobación y declaración de invalidez de las normas del Poder Judicial.

Tampoco implica la violación al derecho de defensa, pues si así fuera, debería descalificarse también toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso.

En el mismo sentido, los doctores Belluscio y Boggiano se pronunciaron en su voto en disidencia de fundamentos en la causa "*Galeano c. Administración Nacional de Aduanas*"<sup>34</sup>.

### ➤ *Situación actual*

El caso "*Mill de Pereyra*"<sup>35</sup> incorpora valiosos fundamentos que abonan tanto la posición que admite el control de oficio, como la que la niega.

En la causa, los actores, magistrados del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, promovieron una acción contencioso - administrativa con el objeto de obtener el reconocimiento de diferencias salariales en sus remuneraciones en períodos inflacionarios, por entender que constituía un agravio a la garantía de intangibilidad establecida en la Constitución Nacional.

El Superior Tribunal de Justicia Provincial hizo lugar a la acción y declaró de oficio la inconstitucionalidad de varios artículos de la ley nacional de convertibilidad y de la ley provincial de consolidación de deudas del estado.

El único argumento defensivo de la provincia recurrente, consistió en que el Superior Tribunal Provincial había violado el principio de congruencia y el de defensa en juicio pues la falta de discusión previa sobre las leyes de convertibilidad y de consolidación provincial motivó que se expidiera sorpresivamente sobre un tema que no había sido pedido y por ello no había sido objeto de debate, esto es, la declaración de inconstitucionalidad de las mencionadas leyes.

La CSJN hizo lugar al recurso extraordinario, dejó sin efecto la decisión y remitió los autos al tribunal de origen para el dictado de una nueva sentencia.

El voto en disidencia, al pronunciarse en contra de la admisibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, entendió abstracto pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes impugnadas. Por el contrario, el voto mayoritario examinó la validez de la ley de convertibilidad a la luz de la CN, concluyendo que fue dictada por el legislador en ejercicio de sus facultades, no siendo válido asignar a la

<sup>34</sup> Fallos: 323:1421; año 2000.

<sup>35</sup> Fallos: 324:3219; 27/9/01.

garantía constitucional de la intangibilidad una extensión tal que la coloque en pugna con la apuntada.

Con posterioridad, en el año 2003, la Corte dictó un nuevo fallo denominado "*Banco Comercial de Finanzas SA s/ quiebra*", en el cual sostuvo la improcedencia de declarar la inconstitucionalidad de una norma en razón de que el peticionante no había acreditado lo absurdo o arbitrario de ella, lo que provocó nuevas críticas.

La causa llegó a la CSJN en virtud del recurso de hecho interpuesto por el Banco Comercial de Finanzas SA contra la sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires que revocó la dictada por la Cámara de apelaciones de Bahía Blanca (que había declarado de oficio la inconstitucionalidad del decreto 2075/93 reglamentario de la ley 21526) con fundamento en la prohibición que pesaba sobre los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las normas de oficio, en resguardo de la división de poderes y en virtud de que el actor no había alegado ni probado la impugnación.

En su sentencia, la CSJN expone una postura favorable al control de oficio. Sostiene que los tribunales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad en abstracto, pero que una vez establecido el proceso judicial, no es necesaria la petición expresa de la parte interesada, ya que el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y la misma es alcanzada por el principio *iura novit curia*. Tampoco considera afectado el principio de división de poderes ni el derecho de defensa de las partes. Por lo expuesto, la Corte decide dejar sin efecto la sentencia dictada por la Suprema Corte provincial.

## **Posiciones doctrinarias que avalan o prohíben la declaración de inconstitucionalidad de oficio**

Desde una postura de extremo rigorismo que veda a los jueces pronunciarse de oficio, hasta una concepción en el sentido contrario conforme a la cual los jueces deben hacerlo, encontramos una postura intermedia que sostiene que los jueces pueden hacer aquella declaración sin petición de parte interesada.

La cuestión fue largamente debatida en la doctrina, pudiendo diferenciarse tres criterios:

- Aquellos autores que abogaron por la declaración de inconstitucionalidad a pedido de parte.
- La posición intermedia de Bielsa y Padilla, que admiten el control de oficio cuando se trata de cuestiones de orden público y la niegan cuando media en el pleito un asunto de índole particular.
- La doctrina mayoritaria, que se muestra favorable a reconocer a los jueces dicha facultad de oficio. En esta posición y entre quienes más han insistido en la necesidad de que el Tribunal cambie de opinión, se encuentran: Bidart Campos, Sagüés, Morello, Hitters, Gozáini, Ricardo Haro, Mercado Luna, entre otros.

Tanto los partidarios del control de oficio, como los que niegan a la autoridad tal atribución, coinciden en señalar que ningún juez puede declarar la inconstitucionalidad de las normas fuera del ámbito del caso concreto.

Cuando el artículo 116 de la Constitución Nacional nos habla de causas conviene precisar su significación, debido a que su empleo promiscuo en la jurisdicción y en el procedimiento, ha determinado errores y confusiones.

La existencia de una causa es el presupuesto que abre la instancia judicial, ya que de no ser así, los pronunciamientos serían declaraciones en abstracto.

Podemos entender por causa, la controversia que es sometida por las partes al análisis y resolución de un tribunal, para que el mismo administre justicia mediante la interpretación y aplicación de la norma que rige el caso. En este sentido, la Corte Suprema, ha dicho a través de diversos fallos que existe caso en el sentido constitucional, cuando una 'contestación' nacida bajo el imperio de la Constitución, de las leyes nacionales o de los tratados, es sometida a los tribunales por parte interesada.

La primera regla establecida para el control de constitucionalidad, es entonces que exista un caso judicial o proceso, que le sirva de marco a dicho control. Hasta aquí la doctrina y la jurisprudencia han sido concordes.

Actuar de oficio significa hacerlo por propia y libre voluntad, sin ningún requerimiento exterior que lo excite. Pero debemos distinguir, la oficiosidad para abrir la instancia judicial, de aquélla que hace posible realizar dentro de la instancia un acto judicial. Esta distinción es decisiva para dilucidar acabadamente la cuestión.

La función jurisdiccional no debe actuar de oficio, sino en una causa, es decir, en un pleito concreto que se someta a un tribunal. No puede aceptarse que una vez abierta la instancia judicial, promovida la acción, el juez no pueda de oficio realizar un acto tan eminente e insoslayable de su función jurisdiccional, como lo es el control de constitucionalidad.

En otras palabras, identificar prohibición para actuar de oficio con existencia de causa: sí. Pero identificar prohibición para actuar de oficio con causa más petición de parte: no. Entonces, la prohibición para actuar de oficio se identifica con la necesidad de la existencia de una causa.

La interposición de la acción depende exclusivamente de la voluntad de la parte; o sea, poner el funcionamiento el órgano jurisdiccional es potestativo. Pero el control de constitucionalidad no puede quedar librado a la voluntad de las partes.

Bidart Campos dice:

“Una cosa es, pues, que la judicatura no deba proceder ex officio, o sea, revisando leyes o actos fuera de un caso judicial (...); y otra muy distinta que no pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un acto comprometidos en la aplicación al caso concreto que debe decidir en la causa”.<sup>36</sup>

Y tampoco hay que perder de vista que,

“...si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto (...) no se sigue de ello la necesidad de petición de la parte interesada”.<sup>37</sup>

La teoría de la no declaración de oficio está admitida tácitamente, su fundamentación fluye en parte de la interpretación dada a los artículos 14 y 15 de la

<sup>36</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., **Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional**, Tomo I, Ediar, 194, reedición 1968, p. 264-265.

<sup>37</sup> CSJN, in re “Banco Comercial de Finanzas SA (en liquidación) s/ quiebra”, resuelto el 19 de agosto de 2004.

ley 48, ya que en la tramitación del recurso extraordinario la "cuestión federal" debe ser correcta y oportunamente introducida en el juicio.

La ley 27, que en su artículo 2º prohíbe a los judicantes actuar de oficio, fue invocada por algunos de los seguidores de la corriente negativa, para aferrarse en su posición.

Es preciso apuntar, por un lado, que tal regla era sólo aplicable a la Justicia Federal; y por otro, la prohibición allí contenida nada tiene que ver con los asuntos típicamente de derecho, que están en juego en un juicio determinado.

Además, no debemos dejar de recordar que el artículo 3º del mencionado cuerpo establecía, que uno de sus objetivos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, y por ende los jueces debían prescindir de toda disposición de cualquiera otro de los poderes que esté en oposición con ella.

Repárese, como bien destaca Morello, que el nombrado artículo 2º decía, en síntesis, que la Justicia Nacional no debía proceder de oficio y que sólo podía ejercer su jurisdicción en los casos contenciosos; lejos de servir de base a la tesis prohibitiva, fue útil para argumentar la postura contraria, fijada en el artículo 31 de nuestra Suprema Ley<sup>38</sup>.

El argumento de la tesis negativa surge entonces de los artículos 14 y 15 de la ley 48. Sagüés dice que el recargo de requisitos formales en el recurso extraordinario, para emitir en definitiva un juicio de constitucionalidad de una norma, evidenciaba implícitamente, entonces, la imposibilidad de que un tribunal se expidiera sobre el tema a falta de requerimiento oportuno, preciso y mantenido por la parte interesada, de una impugnación de inconstitucionalidad<sup>39</sup>.

Los argumentos principales que en Argentina se esgrimen para justificar la tesis prohibitiva son:

- Que la declaración "ex officio" de inconstitucionalidad altera el equilibrio de los poderes en beneficio del Poder Judicial y en desmedro de los restantes.
- Que atenta contra el principio de presunción de legitimidad de los actos y normas estatales.
- Que también se atentaría contra el derecho de defensa en juicio de las partes, no rigiendo entonces aquí el principio "*iura novit curia*".
- La declaración de inconstitucionalidad exige un amplio y explícito debate.

<sup>38</sup> MORELLO, Augusto, *La Corte Suprema. El aumento de su poder a través de nuevos e importantes roles*. ED, 112 – 972.

<sup>39</sup> SAGÜÉS, Néstor, *Recurso extraordinario*, 4ª edición actualizada y ampliada, t. I.

Ahora veamos cada uno de estos argumentos de los que sustentan la posición negatoria, confrontándolos con aquellos que avalan la tesis permisiva.

➤ **Presunción de legitimidad de las normas**

La *tesis negatoria*, si bien reconoce su operatividad *iuris tantum*, expresa que la posibilidad de que esta presunción caiga y sea destruida por alguna prueba en contrario, no legitima al juez para que por sí y ante sí asuma la tarea de invalidar una norma que él y sólo él considera inconstitucional; resulta así necesaria, la impugnación de parte.

Todas las normas estatales son, desde su origen y nacimiento legítimas, por la sencilla razón de que cada acto normativo es dictado por los poderes del estado siguiendo para el efecto el mecanismo previsto por la propia Constitución Nacional. Por dicha razón, el cuestionamiento o la puesta en crisis de la norma debe partir de las personas que aparecen como destinatarias de la misma.

Las normas declaradas inconstitucionales de oficio tienen su origen en el Legislativo o en el Ejecutivo y son producto de una actuación que se presume regular. Por ello construiría una anomalía que un individuo – el juez – o un pequeño grupo – la Corte – adoptaran decisiones contrarias a los actos del Congreso y del Presidente, que representan la voluntad popular.

En contraposición, la *tesis permisiva* sostiene que los actos de los poderes públicos se presumen constitucionales en tanto no hay una demostración concluyente en contrario. Sin embargo, dicha presunción no se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, toda vez que, en tanto mera presunción que es, cede cuando los actos estatales contrarían una norma de jerarquía superior.

La presunción de legitimidad, dice Marienhoff, consiste en la suposición de que fue emitido conforme a derecho, es decir, que su emisión responde a todas las prescripciones legales<sup>40</sup>. Esta presunción, admite prueba en contrario; es una presunción de validez. Para que un acto estatal sea válido, deberá cumplir los requisitos formales y sustanciales que le impongan las normas superiores.

La Corte ha formulado apreciaciones reconociendo que el hecho de no poder declarar de oficio la inconstitucionalidad, no altera la verdadera naturaleza del acto, que será inconsistente o nulo, a pesar de estas circunstancias. Entonces cabría preguntarse qué es más absurdo jurídicamente, si declarar sin petición de parte la

<sup>40</sup> MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 368.

ilegitimidad de un acto estatal comprobada directamente por el juez, u obligarlo a aplicar y dar validez en el proceso, a un acto jurídicamente nulo, esto es, a dar existencia jurídica a lo no existente.

➤ ***Equilibrio y división de poderes***

La *tesis negatoria* establece que conceder a los jueces la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas atenta contra el principio de la división de poderes en tanto erige a este último en un superpoder que se encuentra por encima de los demás.

Esta facultad aumentaría el activismo judicial, lo cual tiene efectos no tan positivos. No porque se desconfíe más de los jueces que de los políticos, sino porque se teme que sea el Poder Judicial una nueva órbita de restricción a las libertades individuales que debe proteger.

Si el poder político valoró que la norma sancionada no era violatoria de la Constitución, si las partes, que han tenido asesoramiento letrado y se han visto afectadas por la norma supuestamente inconstitucional, no han entendido que violaba la Carta Magna, ¿por qué se considera que el criterio minoritario del juez es el único adecuado y le permite declarar, a su parecer, la inconstitucionalidad de normas y actos?

Para garantizar que el Poder Judicial no se atribuya funciones que le corresponden cumplir al Poder Legislativo o al Ejecutivo, las constituciones nacionales modernas, siguiendo el diseño trazado por Montesquieu, limitan el accionar de los jueces al marco de los casos concretos.

La autoridad encargada de juzgar debe asumir que, para evitar escándalos jurídicos o situaciones potencialmente violatorias del orden constitucional que pueden producirse si las partes aceptan la aplicación de una norma que sólo el juez del caso considera inconstitucional, el propio orden procesal prevé soluciones coherentes con las garantías, como por ejemplo, el mecanismo de doble instancia o la facultad de interponer recursos.

Del otro lado nos encontramos con la *tesis permisiva*. La misma reconoce que si un juez declara la inconstitucionalidad sin causa judicial, se rompe la división y equilibrio de poderes. Pero con la misma convicción afirma que es inexacto mantener dicha tesitura, cuando esa declaración se hace dentro de una causa aún sin petición de parte.

Lo definitorio para violar el principio enunciado por Montesquieu es que los jueces hagan declaraciones sin proceso, sin estar abierta la instancia judicial, pues al no existir el caso concreto, se extralimitarían en sus funciones, se habrían desbordado en sus competencias, y entonces sí aparecería lesionado el principio de la división y equilibrio de poderes.

Pero no puede creerse que se viole la tripartición de poderes cuando en una causa judicial y con efectos sólo para las partes, el juez declare de oficio la inconstitucionalidad de una norma porque desea hacer una correcta aplicación del derecho, que en última instancia, es su misión primordial en la administración de justicia.

Si los jueces tienen obligación de juzgar aplicando el derecho válido, o sea el congruente con la Constitución, ¿cómo la circunstancia tan contingente de la ausencia de pedido de parte, puede trabarles so pretexto de que se está quebrantando nada menos que la división y equilibrio de los poderes del estado? ¿Cómo es posible que el control de constitucionalidad no vulnere dicho principio político cuando haya un pedido de parte y si, cuando quien pueda invocarlo no lo haga por ignorante o calculador?

Autores como Sagüés, opinan que constituye una evidente exageración afirmar que en la Argentina, por la vía de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, se rompería el equilibrio de poderes en beneficio del judicial, que siempre ha sido el más débil, y si hubiera de temer alguna seria posibilidad de tiranía, no sería, precisamente la de los jueces<sup>41</sup>.

El juego de frenos y contrapesos, sostenido por Montesquieu entre los tres órganos del estado, cada vez que se ha quebrado en nuestro país, no ha sido producto de una sobreposición del Poder Judicial por encima de los otros dos, sino todo lo contrario. Sagüés argumenta que si un Poder Judicial torpedease sistemática, arbitraria, caprichosa e irrazonablemente las leyes que dictase el Congreso, produciendo así la inmovilización gubernativa, el Parlamento tiene mecanismos constitucionales para controlar, a su vez, las posibles exageraciones institucionales del Poder Judicial (incluyendo el extremo caso del juicio político)<sup>42</sup>.

#### ➤ *Amplitud del debate procesal y derecho de defensa*

La *tesis negatoria* sostiene que la legislación tiene previsto un método de debate amplio, con mecanismos de revisión de fallos (doble instancia), dentro del cual las partes pueden hacer valer todos los medios de defensa a su alcance para

<sup>41</sup> SAGÜÉS, Néstor, "La prohibición de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas (un problema de sociología judicial)", *Rev. LL*, t. 1981 - A, p. 841.

<sup>42</sup> *Ibid.*

cuestionar o impugnar la validez o la constitucionalidad de las normas que una de ellas pretende hacer valer en juicio.

Dicha amplitud del debate torna ilegítima la actuación oficiosa de los jueces, porque estarían introduciendo un tema no planteado por ninguna de las partes con lo cual favorecerían a una en detrimento de la otra. Las partes resultarían afectadas por una declaración de derecho, que el juez hace sobre un aspecto de la litis que no fue planteado ni debatido por las mismas en el pleito, y por lo tanto, no puede ser materia de decisión del tribunal, so pena de estar fallando extra o ultrapetita. Podría hasta hablarse de una sentencia arbitraria.

El agravio al derecho de defensa deriva entonces, del hecho de no disponer las partes de una oportunidad procesal para argumentar amplia y explícitamente acerca de la constitucionalidad de la norma.

La *tesis permisiva* enuncia que al introducir el tribunal la cuestión de inconstitucionalidad recién en la sentencia no existe agravio al derecho de defensa, pues si así fuera debería también descalificarse 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.

➤ ***El principio "iura novit curia"***

En la teoría general del proceso tiene valor de axioma el aforismo clásico *iura novit curia*, según el cual es facultad del juzgador determinar libremente la norma de derecho que, como premisa mayor, ha de integrar el silogismo jurídico que toda sentencia supone. En todo proceso distinguimos fácilmente dos ingredientes fundamentales. En primer lugar, los hechos, es decir, la plataforma fáctica; en segundo lugar, el derecho, la sustentación jurídica. En cuanto al primer aspecto, el juez se encuentra supeditado al aporte que la voluntad de las partes le realicen en el proceso. Pero ello no ocurre con el derecho, en el que no rigen las limitaciones impuestas al juez en cuanto a los hechos, porque aunque cuando las partes no lo invocaran o lo hicieran erróneamente, al juez corresponde calificar la relación sustancial de la litis y determinar la norma jurídica que rige, principio que se expresa con la fórmula *iura novit curia*.

Dentro de la *tesis negatoria* se establece que este aforismo permitió a las partes exonerarse de la obligación de realizar una adecuada imputación jurídica a los hechos alegados.

La regla *iura novit curia* es un legado del derecho romano. En tal sentido, vale la pena recordar que en Roma, sólo algunos pocos ciudadanos estaban al tanto del contenido de la ley, y como consecuencia de ello, se otorgaba a los jueces la potestad de realizar el encuadre jurídico de la situación planteada, porque aquellos tenían el monopolio acerca del conocimiento de la ley.

Lo descrito en el párrafo precedente no es lo que ocurre en nuestros días, ya que los jueces han perdido el monopolio sobre el conocimiento de las leyes o al menos, se han visto obligados a compartir dicho privilegio con el resto de la sociedad. Dentro del orden jurídico vigente todos los habitantes de la República estamos obligados a conocer las leyes que rigen la sociedad. Cabe agregar que todos los justiciables acuden al proceso patrocinados o representados por abogados, para garantizar al justiciable una adecuada defensa técnica en la inteligencia de que los abogados son expertos en leyes y en tal carácter conocen el derecho igual que los jueces.

La conclusión de la tesis negatoria es que lo incorrecto de la invocación de este principio, pues éste supone que el magistrado aplica la legislación vigente con prescindencia de su invocación por la parte, mientras que cuando controla la constitucionalidad de oficio, abroga por su voluntad una norma regularmente sancionada, que se encuentra en vigor y que goza de presunción de validez.

A diferencia de lo expuesto, la *tesis permisiva* sostiene que si los jueces van a ser determinados jurídicamente por el derecho invocado por las partes tendremos que la supremacía no será de orden público.

Los jueces serán meros instrumentos de aplicación de un sistema legal parcializado por el interés de las partes que pondrán límites a la excelsa tarea de hacer justicia. El magistrado no juzgará según la Constitución y la ley, sino de acuerdo con determinadas normas a las que las partes lo han compelido impotente. El Poder Judicial, más que un guardián de la Constitución, se convertirá en custodio de apetencias privadas de dudosa legitimidad.

La declaración oficiosa no implica fallar *extra petita* ni soslayar el principio de congruencia, en tanto el juez, se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso, y para dilucidar la litis, sólo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la Ley Fundamental.

Este principio, constituye un deber que engloba en su seno el de mantener la supremacía de la Constitución. Aplicar una norma inconstitucional es aplicar mal el derecho, y esa mala aplicación no se purga por el hecho de que nada haya cuestionado la inconstitucionalidad.

Es obligación del juez suplir el derecho invocado, y en esa suplencia puede y debe fiscalizar de oficio la constitucionalidad dentro de su función. No obrando así, podemos llegar en muchas circunstancias a distorsionar gravemente el orden jurídico, pues podrían darse casos en que declarada la inconstitucionalidad de una norma por la Corte Suprema o cualquier tribunal inferior, frente a otro pleito en el que no hubo pedido de parte, deba resolver lo contrario, contradiciendo abiertamente su propia jurisprudencia anterior con el consiguiente escándalo jurídico.

Para ejemplificar lo dicho, mencionamos ciertas paradojas que provoca la no admisión de este principio: si un juez tuviera que fallar el mismo día en dos causas donde se pretendiese efectivizar una ley inconstitucional, resolvería en un caso (si allí se promovió la impugnación de inconstitucionalidad por parte interesada) inaplicar la norma en cuestión; mientras que en el otro, en cambio, aplicaría la norma inconstitucional predicha, si las partes de este segundo juicio no acusaron la inconstitucionalidad de marras. Semejante absurdo, pleno de violencia moral para el magistrado sentenciante, no es por cierto nada improbable. Lo importante a tener en cuenta es que la mera voluntad de las partes no puede corregir la incompatibilidad de una norma con la Constitución Nacional.

#### ➤ **Renuncia de parte**

Según el artículo 868 del CC y siguientes, "*las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos (...) en miras del orden público, los cuales no son susceptibles de ser objeto de renuncia*". La renuncia puede ser tanto expresa como tácita.

Algunos autores establecen que no pedir la declaración de inconstitucionalidad implica una renuncia de parte. La *tesis negatoria* establece que si como principio toda renuncia debe ser expresa y no se presume, con más razón o fundamentos ello es así cuando se trata no de un mero aspecto personal del titular del derecho, sino de la fiscalización de constitucionalidad.

Si el litigante ha renunciado o renuncia a cuestionar la constitucionalidad de la norma que se aplicará para resolver su pretensión, no se justifica que el juez prescinda de dicha actitud y de oficio resuelva pronunciarse decretando una inconstitucionalidad que en su opinión afecte aquel precepto.

En contraposición, la *tesis permisiva* enuncia que si el juez no puede actuar de oficio ante la inconstitucionalidad de una disposición cualquiera, y las partes pueden

renunciar a plantearla se arriba a la absurda conclusión de que la supremacía constitucional no es de orden público.

Las partes podrán renunciar a ciertos derechos que consagra la Constitución Nacional, pero nunca podrán renunciar a la posibilidad de que el juez declare o no la inconstitucionalidad de una norma, pues dicha renuncia afectaría el marco de funcionamiento privativo y, como tal exclusivo y excluyente, del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, si alguna de las partes en forma expresa renuncia al derecho que le es desconocido por una norma inconstitucional, la fuente del derecho que deberá aplicar el juzgador no es otra que la autonomía de la voluntad de la citada parte, por lo tanto el derecho que regirá ese caso concreto no proviene de la norma inconstitucional sino de la voluntad de la parte que lo ha renunciado, provocando de esta manera la inoficiosidad de cualquier pronunciamiento sobre la validez constitucional de la norma pertinente. De allí que la renuncia deba ser siempre expresa y dirigida al derecho desconocido por la norma inconstitucional.

Se incurre en un error terminológico cuando el interesado dice 'renuncio al control de constitucionalidad de la norma', pues a lo que renuncia es al derecho que vulnera la norma inconstitucional, que como tal es preexistente. La facultad de controlar la constitucionalidad de una norma no es susceptible de ser renunciada por la parte, por cuanto estrictamente no es facultad de ella sino función legítima y debida del órgano jurisdiccional.

Bidart Campos distingue entre el caso de quien no accede a los tribunales, y el del que accede pero omite pedir la declaración de inconstitucionalidad. La renuncia, entonces, sólo aparecería en no promover la acción o en no interponer los recursos contra la sentencia. Y nada más: deducir un consentimiento a la lesión cuando ya iniciado el proceso se omite pedir la declaración de inconstitucionalidad es tanto como afirmar que los particulares acuden al juez para que se dicte un fallo con mala aplicación del derecho, o sea, con trasgresión a su deber de aplicarlo bien por iniciativa propia.

Dice este autor:

"Tal presunción de que la falta de pedido expreso para que la inconstitucionalidad se declare, implica renuncia al derecho subjetivo, va más allá de lo permisible. Una vez que la jurisdicción de un juez ha sido provocada en la plenitud de una causa, ninguna renuncia se presume, y la integridad del orden constitucional se vigila de oficio, porque ese control no depende del titular, sino de la apreciación del derecho por el juez. Si la Constitución es de orden público, nadie puede consentir la violación de la Constitución".<sup>43</sup>

<sup>43</sup> BIDART CAMPOS, "El derecho constitucional del poder", t. II, p. 327, nota 13, Ed. Edgard S. A., Buenos Aires, 1967.

Con este breve desarrollo, la intención es demostrar que si bien los argumentos son los mismos, están tomados desde diferentes puntos de vista según quienes opinen sean aquellos que están a favor de la declaración de inconstitucionalidad de oficio o estén en contra.

Si bien ambos extremos defienden su posición, la doctrina negatoria abandona ese rigorismo y aboga por la declaración de oficio en algunos supuestos, como se vio a lo largo de la evolución jurisprudencial. La exigencia de petición de parte, ha sido obviada en los supuestos en que la disposición normativa impugnada afectara la autonomía del Poder Judicial, determinara la ampliación o restricción de la competencia originaria del Tribunal o cuando se tratase de excesos reglamentarios en leyes que implicaron el menoscabo de la independencia de dicho poder autorizando el avance de los otros.

#### ***Postura intermedia – cuestión del orden público***

También es importante tener en cuenta, como mencionamos al comienzo del trabajo, que frente a estas dos posturas – negatoria y permisiva – existe una postura intermedia propuesta por Bielsa y Padilla. Esta postura hace depender la posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de acuerdo a si hubo o no violación al orden público.

Cuando se encuentra involucrada la aplicación de un precepto de orden público, no es admisible la renuncia del titular del derecho consagrado por esa norma, y como consecuencia el juez puede y debe declarar de oficio la inconstitucionalidad del precepto que se le opone. Pero, al contrario, cuando lo que está en juego es un derecho concedido 'en el interés particular de las personas', nada obsta a que puedan ellas renunciarlo tácita o expresamente ni a que el juez admita esta renuncia, pues no se ve comprometido el orden público constitucional.

"Denominamos orden público al conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras".<sup>44</sup>

La noción de ley de orden público se extiende o corresponde a aquellas normas dictadas en interés general o público por contraposición a las que tutelan los intereses privados o particulares.

---

<sup>44</sup> SMITH, "Enciclopedia jurídica Ameba",, vocablo "orden público", vol. XXI, p. 56.

El contenido del orden público ha variado y varía considerablemente según los datos del tiempo, del espacio y de la misma índole de las ideologías imperantes en cada sociedad política.

De todas formas, Bidart Campos sostiene que todo juez tiene como obligación principal, por un lado verificar cuáles son los extremos de la litis; en segundo lugar, aplicar el derecho vigente, pero dentro del derecho vigente aquel que sea constitucional, sin importar si éste es o no de orden público, pues aún una ley que rige derechos particulares, si es inconstitucional, agravia el orden público. La constitución es toda ella una norma de orden público.

## **El amparo. Situación antes y después de la reforma constitucional del año 1994**

El amparo es un medio para asegurar la supremacía de la Constitución ya que con él se persigue hacer efectiva la plena operatividad de los derechos constitucionales.

Cabe señalar que en una primera etapa y durante muchos años la Corte había sostenido que no era el amparo el carril idóneo para tal declaración, pues sólo servía para reparar el derecho violado, pero de ninguna manera como acción de inconstitucionalidad.

En ese orden de pensamiento había acotado reiteradamente dicho tribunal, que el sistema argentino en el orden federal no admite declaraciones de ese tipo sobre normas jurídicas generales, lo que en definitiva significaba la inexistencia de la acción o demanda de inconstitucionalidad.

Sin embargo, en el año 1966 en el caso "Outon", como inicio de una segunda etapa, sostuvo que el principio que torna improcedente la declaración de inconstitucionalidad de una regla, generada en el amparo no es rígido ni absoluto. Ello así 'porque cualquiera sea el procedimiento mediante el cual se proponga a decisión de los jueces una cuestión judicial, nadie puede sustraer a la esfera de acción del poder judicial la atribución inalienable y la obligación que tiene – directamente emanadas del artículo 31 de la Constitución Nacional – de hacer respetar el estatuto fundamental y, en particular, las garantías procesales reconocidas en su primera parte'<sup>45</sup>.

A partir de 1973 comenzó una tercera etapa donde el tribunal volvió a negar que el amparo pueda utilizarse para este tipo de control<sup>46</sup>.

De allí y en adelante, la Corte reprodujo la definición de que la vía analizada no autoriza, en principio, la referida revisión de inconstitucionalidad<sup>47</sup>.

No obstante, en 1985 admitió la posibilidad de declarar la invalidez de normas generales en el trámite del amparo<sup>48</sup>. El argumento central fue que con anterioridad, la desestimación de los amparos, cuando ellos requerían un pronunciamiento de constitucionalidad de una norma de carácter general, reconocía como fundamento la inexistencia en el orden nacional, por esa época, de acciones de inconstitucionalidad, conclusión que fue superada por la jurisprudencia actual de la Corte, cuya doctrina ha

<sup>45</sup> Caso "Outon", del 29/3/67, Fallos, 267:215; La ley, 126-193.

<sup>46</sup> Fallos, 289-177; 292-12; La Ley, 156-499; 1975-C, 157.

<sup>47</sup> Fallos, 300:200.

<sup>48</sup> Fallos, 301:1379.

sido posteriormente reiterada, admitiéndose sin cortapisa alguna que bajo la forma del amparo se pueden articular pretensiones directas de inconstitucionalidad<sup>49</sup>.

En este sentido había destacado con toda claridad Morello, que el control de constitucionalidad, no consiste sólo en descalificar una norma por reputársela en colisión con las de la ley fundamental, sino que además, se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra o el espíritu de aquella lo permita<sup>50</sup>.

Antes de la reforma constitucional del año 1994, no había una norma de rango constitucional que habilitara a los jueces a realizar dicho control de oficio, estableciéndose en el artículo 43 el instituto del amparo, que como sabemos, había sido fruto de una creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El artículo 43 faculta al juez a declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva, pero tal cual lo establece dicho artículo, el amparo es una acción expedita y rápida, que solamente podrá ser interpuesta cuando no haya otra vía legal más idónea, con lo cual y en virtud del instituto en el cual esta regulado, esa facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley, podría considerarse de carácter restrictivo.

Parecería ser entonces, que la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994 autoriza el control de constitucionalidad de oficio, fundándose en el nuevo artículo 43. Dicha tesis ha logrado su adhesión cuando fuera tratada en congresos nacionales. En contra de esta posición, otros señalan que de aquella norma no surge la mentada posibilidad, ya que establece que el juez "podrá" declarar la inconstitucionalidad de una norma. Otros critican la redacción de la norma ya que consideran que no es una potestad del juez sino una obligación.

---

<sup>49</sup> Caso "Peralta", del 27 de diciembre de 1990. La Ley, 1991-C.

<sup>50</sup> MORELLO - VALLEFÍN, *El amparo. Régimen procesal*, pp. 180-183.

## La cuestión en el ámbito provincial

El tema a tratar es el acatamiento que los tribunales provinciales deben a la jurisprudencia de la Corte Suprema que prohíbe el control de oficio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fijado desde antiguo la conocida doctrina legal que sostiene que los jueces se hallan inhabilitados para disponer de oficio la inconstitucionalidad de las leyes.

Tal corriente, es vinculatoria para los jueces nacionales. Sin embargo, todo se complica cuando se pretende saber si dicha jurisprudencia es también obligatoria para los judicantes provinciales.

La doctrina judicial de la Corte que veda declarar la inconstitucionalidad de oficio es, a criterio de Bidart Campos, inconstitucional. Sagüés lo afirma fundándose en que viola el principio de supremacía constitucional del artículo 31 de la Constitución Nacional.

La interpretación que la Corte Suprema hace de la Constitución Federal, aunque discrepemos, tiene el mismo rango de la Constitución interpretada y alcanza igual nivel que su supremacía. Por ello es que 'la Constitución es lo que los jueces dicen que es'<sup>51</sup>. Se entiende a esa jurisprudencia como derecho vigente, irrevisable, inimpugnable, indiscutible y obliga a los demás tribunales a darle seguimiento y aplicación.

Cuando la Corte dice que los jueces no pueden ejercer el control de constitucionalidad sin petitorio de parte, enuncia un principio que es una norma general del derecho judicial. Por de pronto, si un tribunal al que la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte se impone, se aparta de tal principio, es fácil que su decisión sea descalificada.

La pregunta que cabe hacerse es si los tribunales provinciales están sometidos a igual obligación que los federales.

Bidart Campos propone el siguiente criterio: si la prohibición del control de oficio que la Corte Suprema extrae de la Constitución Federal, tal como ella la interpreta, es un principio que se desprende de la forma como están trabadas las relaciones de poder en el gobierno federal y que, por ende, se limita al ámbito de éste, la respuesta puede ser negativa: los tribunales provinciales no están obligados por la jurisprudencia de la Corte sobre el punto<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Charles Evans Hughes.

<sup>52</sup> BIDART CAMPOS, Germán J, "El control constitucional de oficio en sede provincial", ED, t. 100, p. 633.

Si por el contrario, se considera esta prohibición como esencial a la división de poderes que las provincias deben imitar de acuerdo al artículo 5° en sus constituciones locales, la respuesta es afirmativa: los tribunales provinciales están obligados por la jurisprudencia de la Corte, porque la interpretación de la Constitución Federal en el tema se transplanta al ámbito local y traba entre la Constitución Federal judicialmente interpretada y el derecho provincial la relación de subordinación que delinea en los artículos 5° y 31°.

Las provincias pueden organizar la estructura de su poder y de sus instituciones; no pueden destruir la tripartición de poder; deben respetarla; tiene que asegurar su administración de justicia, pero pueden, por ejemplo, tener legislatura unicameral, porque la bicameralidad federal no es un principio organizativo que el derecho provincial tenga que reproducir, y ello porque no es esencial a la división de poderes que la Constitución Federal diseña.

La Corte dice que la competencia para declarar de oficio la inconstitucionalidad quebraría el equilibrio constitucional de los tres poderes, por la absorción del Poder Judicial en detrimento de los demás.

El fallo "Los Lagos" de 1941 habla del equilibrio de los tres poderes del gobierno organizado por la Constitución, la pregunta sería si de igual manera se rompe el equilibrio en el gobierno provincial si los jueces locales declaran de oficio la inconstitucionalidad de una norma. Así será si las provincias están obligadas a reproducir sin variantes el diagrama organizativo del gobierno federal.

Una conclusión provisional establecería que las provincias no quedan vinculadas por el principio jurisprudencial que prohíbe declarar la inconstitucionalidad de oficio, porque este principio se circunscribe al área de organización del poder en el cuadro del gobierno federal y su respeto no queda impuesto a las provincias por la relación de subordinación de la Constitución Federal.

La exención provincial de reproducir y acatar la prohibición de la declaración de inconstitucionalidad de oficio tiene, no obstante, su marco. Requiere dos cosas:

- Una norma provincial expresa que exteriorice la adopción del principio distinto; a falta de ella parecería que la provincia al ordenar su estructura de poder se pliega con su silencio, al mismo principio del orden federal.
- Que la norma expresa que atribuye a los tribunales provinciales la competencia de juzgar de oficio la inconstitucionalidad se limite al supuesto de estar en juego normas provinciales: la norma provincial que habilitara esa competencia no sería aplicable por un tribunal provincial cuando éste aplicara en la causa una ley del Congreso, la cual no podría ser declarada

inconstitucional de oficio. Con lo cual, un tribunal de provincia no puede declarar que una ley del Congreso o un decreto del Presidente son inconstitucionales, porque estaría proyectando su decisión a la esfera del gobierno federal, donde la Corte estima que anida el principio prohibitivo.

Los recaudos de validez constitucional de las decisiones judiciales son pautas que no se ciñen al ámbito federal, sino que penetran y obligan asimismo a la administración de la justicia local.

La Corte ha descalificado sentencias declarativas de inconstitucionalidad de oficio que han sido dictadas por tribunales provinciales con respecto a leyes del Congreso. Dicho de otro modo, los tribunales provinciales no pueden sentenciar una inconstitucionalidad de oficio, porque de hacerlo su sentencia sería arbitraria.

Ahora bien, lo que con norma expresa podían hacer los tribunales provinciales sin incurrir en violación a la jurisprudencia de la Corte, parece que por aplicación de la arbitrariedad de sentencia ahora no lo pueden hacer.

Declarar de oficio que una norma es inconstitucional, y no aplicarla por esa causa, es prescindir del derecho vigente, haciendo algo que la Corte dice que no se puede hacer. En cambio, declarar de oficio que una norma es inconstitucional cuando se trata de una norma provincial y cuando el tribunal provincial actúa de ese modo porque en el derecho provincial hay una norma expresa que para ello le confiere competencia, es algo parcialmente distinto: es prescindir del derecho vigente con razón suficiente; y la razón suficiente estriba en la norma local habilitante que las provincias pueden dictar en la esfera de su organización de poder. La arbitrariedad de sentencia se consumaría solamente si los tribunales locales declararan de oficio la inconstitucionalidad de una ley del Congreso, o de una norma provincial, si en este último supuesto no hubiera una norma expresa que los facultara para hacerlo.

Pero hay un punto más a tener en cuenta, y es que el fallo resolvería una cuestión que no fue propuesta por las partes; excedería su jurisdicción introduciendo una cuestión extraña.

Finalizando, Bidart Campos propone una tesis mixta<sup>53</sup>. La obligación de los tribunales provinciales de acatar el derecho judicial de la Corte en cuanto éste fulmina la declaración de inconstitucionalidad de oficio, solamente existe cuando el derecho provincial contiene una norma análoga; o cuando guardando silencio sobre el tema, permite interpretar que en la organización del poder local se reproduce el mismo esquema trazado por la Constitución Federal para el gobierno federal y, por ende, lo

---

<sup>53</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *El control de oficio en sede provincial*, ED, t. 100, p. 633 y siguientes.

que la Corte entiende que queda perturbado en el gobierno federal sufre análogo deterioro en la similar estructura divisoria del poder provincial que trasplanta a su área el modelo federal.

➤ **La cuestión en la provincia de Buenos Aires**

La Corte bonaerense ha seguido, en los últimos años, una línea sólo interrumpida en 1974, resaltando en este aspecto su independencia con respecto al máximo Tribunal nacional, salvo cuando se tratare de la aplicación de normas de esencia federal, en cuyo caso ha acatado las directivas superiores.

No resulta factible disponer de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, ni prescindir de ellas, debiendo las partes formular sus requerimientos en los escritos postulatorios, salvo que se trata de cuestiones relacionadas con su competencia.

En el año 1984 se rompió la armonía entre los miembros de este cuerpo, pues al juzgar sobre dicha temática, la minoría, consideró que los judicantes locales pueden *per se* resolver la inconstitucionalidad de las disposiciones legales nacionales.

La Constitución de Buenos Aires, en su artículo 44, impone la supremacía de la Carta Magna, estableciendo que las normas que violen ese esquema no podrán ser aplicadas.

Los magistrados provinciales están habilitados para llevar a cabo, aún ante el silencio de los justiciables, esa declaración, con respecto a normas locales, pues el artículo 44 de esa constitución, tácitamente los autoriza. En cambio, si se trata de un precepto de naturaleza nacional, no resulta factible tal conducta, dado que en esas cuestiones se debe acatamiento a la jurisprudencia citada, porque aunque algunos la consideremos equivocada, resulta vinculante mientras no sea modificada.

## **Conclusión – opiniones personales**

La posibilidad o imposibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas, es un tema de radical importancia en el ámbito del derecho procesal constitucional. Evoca posturas tanto a su favor como en contra, con los argumentos más variados. Lo interesante es rescatar lo valioso de ambos fundamentos, sea cual sea la posición que apoyemos.

A mi entender, el deber constitucional de velar por la supremacía no es optativo, debiera ser imperativo para los jueces, ya que son ellos quienes están llamados a hacer justicia en cada caso. Entonces cualquiera sea el procedimiento mediante el cual se proponga a la decisión de los jueces una cuestión justiciable nadie puede sustraer de la esfera de acción del Poder Judicial la atribución inalienable y la obligación que tiene de hacer respetar la Constitución Nacional.

No hay duda que los jueces de cualquier fuero, jurisdicción y jerarquía, nacionales o provinciales, tienen la facultad de examinar las leyes en los casos concretos que se les presentan a su decisión, comparándolos con el texto constitucional para averiguar si guardan conformidad con ella; pero absteniéndose de aplicarlas si las encuentran en oposición con la misma.

Es por esa razón que no puede supeditarse la declaración de inconstitucionalidad de una norma al requerimiento de las partes. Ello debido a la importancia, envergadura y fatales consecuencias que por la negligencia de las partes devengaría la aplicación de una norma inconstitucional en un estado de derecho, violando los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

Motivo de estrépito para el Poder Judicial (que es el órgano encargado de velar por nuestras garantías constitucionales) sería el hecho de aplicar una norma a un caso concreto, a sabiendas que esa norma es contraria a la ley fundamental, a la cual el juez le debe respeto por ser quien establece su designación, competencia, atribuciones y garantiza su estabilidad.

Tampoco hay que perder de vista, que los jueces no sólo están para declarar o decir el derecho creado por las Asambleas Legislativas. Si los jueces sólo tuvieran la tan reducida misión de ser los portavoces del legislador, no harían falta. Serían sustituidos inmediatamente y sin perjuicio alguno, por funcionarios administrativos. Los jueces crean derecho allí donde el mismo no existe, supliendo las fallas del legislador, y pueden – y en esto consiste fundamentalmente el control de constitucionalidad – dejar de aplicar una norma, por ser inconstitucional, y crear una norma individual que rija el caso.

La tesis que prohíbe la declaración oficiosa implica, en definitiva, una velada desconfianza en los jueces, pues se teme que éstos puedan inmiscuirse en asuntos reservados a otros órganos del estado. Sin embargo, debemos velar por una interpretación discreta y prudente, y si alguna vez dejara de serlo, en nada cambiaría que se permita o no la posibilidad de decretar la inconstitucionalidad de oficio, pues entonces los desbordes podrían venir 'a pedido de parte'.

No comparto entonces la doctrina fijada por la Corte Nacional, en cuanto prohíbe la declaración de inconstitucionalidad de los dispositivos normativos nacionales sin pedimento de interesado, ya que como lo han sostenido los autores en forma abrumadoramente mayoritaria, se trata de una atribución inherente a la función judicial.

Ahora bien, aún cuando la Corte continúa sosteniendo en numerosos fallos la tesis contraria a la posibilidad de declaración oficiosa de inconstitucionalidad, no podemos dejar de advertir paulatinamente que se va haciendo lugar a la tesis permisiva.

La declaración de oficio debiera ser un imperativo para los jueces, a cuyo cargo se encuentra el deber constitucional de velar por la supremacía de la Constitución Nacional.

## Bibliografía

### LIBROS

- BIANCHI, Alberto B., **Control de constitucionalidad**, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, 2º edición actualizada reestructurada y aumentada, tomos 1 y 2.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, **Elementos de derecho constitucional**, Buenos Aires, Ed Astrea, 2º edición actualizada y ampliada, 1º reimpresión 2001.
- BIDART CAMPOS, Germán J., **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**, Buenos Aires, Ediar, 1995, Tomo 1.
- BIDART CAMPOS, Germán, **Manual de la Constitución Reformada**, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1996.
- HITTERS, Juan Carlos, **Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación**, La Plata, Librería Editora Platense, 1998, 2º edición.

### DOCTRINA

- ALONSO, Hugo Alberto, "Sobre el control judicial oficioso de la constitucionalidad de las leyes", en: ED 101, p. 943.
- BIANCHI, Alberto B., "¿Se ha admitido finalmente el control de constitucionalidad de oficio?", en: LL, t. 2002 – A, p. 36.
- BIDART CAMPOS, Germán J., "Control de constitucionalidad de oficio", en: LL, t. 147, p. 294.
- BIDART CAMPOS, Germán J., "El control de constitucionalidad de oficio en sede provincial", en: ED 100, p. 633.
- BIDART CAMPOS, Germán J., "Hacia la declaración de oficio de la inconstitucionalidad", en: ED t. 74, p. 385.
- HARO, Ricardo, "El control de oficio de constitucionalidad", ED 64, 642 y ss.
- HITTERS, "Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes", en: ED t. 116, p. 896.
- LÓPEZ, Guillermo A., "El control de constitucionalidad de oficio", en: LL 2002 – F, p 1278.
- MAZZOCCHI, Augusto, "El control de constitucionalidad de oficio", en: JA, suplemento, 4/8/2004.

- MERCADO LUNA, Ricardo, "Control de oficio de la constitucionalidad", en: JA, Doctrina, t. 1971, p. 179.
- MORELLO, Augusto y ROSALES CUELLO, Ramiro, "Control de oficio de la constitucionalidad de las normas".
- PADILLA, Miguel A., "El orden público y la declaración de inconstitucionalidad", en: LL 1984 – C, p. 320.
- ROMANO, Alberto A. y RODRIGUEZ, Marcel T., "Declaración de inconstitucionalidad de oficio", en: JA, Doctrina, 1984 – IV, p. 767.
- ROSALES CUELLO, Ramiro, "Acción declarativa de inconstitucionalidad y amparo. Sus límites como acciones directas de control en la provincia de Buenos Aires", en: LL, t. 1997 – F.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, "La prohibición de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas", en: LL 1981-A, p. 841 y ss.
- VENICA, Oscar H, "Declaración de oficio de la inconstitucionalidad de leyes o decretos", en: LL t. 1986 – C, p. 937.

#### FALLOS

- "Marbury vs. Madison", 1803.
- "Caffarena c. Banco Argentino del Rosario", Fallos 10:427, 1871.
- "Casares c. Sívori", Fallos 11:257, 1872.
- "Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo", Fallos 33:162, 1888.
- "Schmitt", Fallos 179:249, 1937.
- "SA Ganadera Los Lagos c/ Gobierno Nacional", Fallos: 190:98, 1941.
- "Juzgado de Instrucción Nº 50 de Rosario", Fallos 306:303, 1984.
- "Osvaldo Peyrú", Fallos 310:1401, 1987.
- "Ekmekdjian c/ Sofovich", Fallos: 315:1503, 7 de julio de 1992.
- "Fibraza", Fallos: 316:1669, 7 de julio de 1993.
- "Mill de Pereyra", 2001.
- "Banco Comercial de Finanzas", 2004.
- "Arancibia Clavel", LL 2004 – E, p. 827.
- "Espósito", LL 2005 – B, p. 803.
- "Simón", LL 2005 – F, p. 24.

## Agradecimientos

A mi familia;

A las autoridades y docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad FASTA;

Y muy especialmente a la Lic. Amelia Ramírez y al Dr. Fabián U. Fernández Garelo, quienes me asesoraron y acompañaron en la elaboración del presente trabajo.

María Fernanda Giaccaglia