

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO Y LA DIVISIÓN DE PODERES

Patricio Alejandro MARANIELLO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Teoría amplia o permisiva*. III. *Tesis negatoria*. IV. *Nuestra posición*. V. *El papell del juez y la división de poderes*. VI. *A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del control de constitucionalidad uno de los temas más controvertidos es el del control de constitucionalidad de oficio, es decir, al no existir petición de parte, el juez de oficio puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en litigio, por ser ésta una facultad exclusiva del Poder Judicial de la nación, dentro de la división de poderes.

Pero si decimos que no es facultad del Poder Judicial dicho control, menos lo podrá ser de los otros poderes del Estado; entonces ¿de quién es? De los litigantes o de las partes en un proceso.

Si, por el contrario, decimos que es facultad de los jueces declarar la inconstitucionalidad ¿qué ocurre con los litigantes y la división de poderes del Estado? Pues no escapa a nadie que el control de constitucionalidad supone un conflicto entre distintos poderes del Estado.

II. TEORÍA AMPLIA O PERMISIVA

La evolución del tema del control de constitucionalidad en los últimos cinco lustros, va experimentando un lento, creciente y significativo proceso

* Profesor de grado y posgrado en derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de doctorado en la Universidad del Salvador. Profesor de posgrado en la Universidad de Moron. Profesor en la Escuela Judicial de la Asociación de Funcionarios y Magistrados del Poder Judicial de la Nación. Funcionario del Poder Judicial de la Nación.

de avance de dicha doctrina en los ámbitos jurisdiccionales, y de modo especial y de decisiva trascendencia, un cambio fundamental en la tradicional e inveterada doctrina judicial negatoria en la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, como lo veremos posteriormente, seguramente impulsada por numerosos estudios y antecedentes elaborados por la opinión mayoritaria de los constitucionalistas y procesalistas.¹

Enseña Bidart Campos que impedir la declaración de oficio, que nos ocupa, implica tanto como dejar librado a la voluntad de las partes aquel examen de constitucionalidad, lo cual haría que el principio de supremacía de la Constitución, al quedar librado a la voluntad de las partes no sea de orden público, lo cual evidentemente constituiría un absurdo.

También y en forma categórica se inclinan por la tesis amplia Negri y Ghione, quienes en diversas oportunidades se pronunciaron en favor de la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad en forma oficiosa.²

Decía el doctor Negri: "...reiteradamente he sostenido que los jueces deben, aun de oficio, declarar la inconstitucionalidad de las normas que en su aplicación concreta padezcan dicho vicio...".

Lo que confiere validez a una sentencia, lo que en un sentido estricto la torna vinculante, es su enlace con la idea moral del derecho. La función del juez es juzgar aplicando el derecho. Normalmente ese derecho aparece definido en la ley, que es su modo habitual de posición.

Pero si en virtud de un examen más profundo y crítico, el juez advierte que la ley que se presenta para la solución del caso no es portadora de derecho, sino transgresora del mismo, la propia exigencia ética que preside toda su actividad le obliga a prescindir de la ley para aplicar el derecho, que encontrará formulado en otras leyes, en la Constitución o, en último grado, en principios que se presenten como objetivos a la luz de una conciencia universal. El supremo deber del juez, en casos así, consiste en seguir guardando fidelidad con el derecho para no contrariar el sentido más profundo de su ministerio.

En esas situaciones no es necesaria bilateralidad alguna. Pedir que el juez subordine el juicio crítico de la ley y la aplicación del derecho a exigencias de oportunidad y forma propias de los hechos, significaría tanto como proponer trabas procesales para su actividad, lo que me parece inadmisibles. Por

¹ Haro, Ricardo, *El control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Zavalia, 2003.

² Juba sum. B9969, S. C. B. A., Ac. 34.558; 35.586; 33.347; 54.349; 54.532, entre muchas otras.

todo ello, el juez puede declarar la inconstitucionalidad de oficio, y debe hacerlo cuando las circunstancias así lo exijan,³ y en muy fundado voto en igual sentido se expedía allí Ghione.

El doctor Ghione⁴ señala que:

...la facultad de los jueces de pronunciarse de oficio viene avalada por la necesidad de asegurar el imperio de la Constitución con independencia de la voluntad de los justiciables; y por otra parte la teoría de la aplicabilidad de la Constitución con independencia de su invocación es una concreta aplicación del principio *iura novit curia*.

Bidart Campos, al decir que

...nuestra jurisprudencia, excepcionando la regla de que la inconstitucionalidad no puede ser declarada por los jueces si no media petición de parte, ha admitido sin ella el control de oficio cuando se ha tratado de la distribución de competencias dentro del poder político salvaguardando así la jurisdicción, el orden público, las facultades privativas del tribunal de la causa, etcétera.

La propia Corte lo ha hecho cuando debió mantener los límites de su jurisdicción originaria. Asimismo, la propia Corte ha ejercido el control de oficio (inclusive fuera de causa judicial) cuando para negarse a tomar juramento a un juez verificó si tanto la designación de éste como la creación del tribunal al que se lo destinaba eran o no constitucionales. Igualmente, cuando en acordada del 7 de marzo de 1986 —y antes de sortear a uno de sus miembros para integrar tribunales de enjuiciamiento creados por Ley 17.642— declaró que el sistema era inconstitucional por contradecir al régimen federal.

Más recientemente puede colacionarse la acordada del 9 de febrero de 1984, acerca del Tribunal de Ética Forense. El argumento que tanto la Corte Nacional como la Suprema Corte Provincial se hayan expedido en sentido contrario ha perdido actualidad en el caso concreto; ello por cuanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/Estado de la Provincia de Corrientes s/Demanda Contencioso Administrativa”, sentencia

³ Ac. 34.829, sent. del 1-VII-86, pub. en *Acuerdos y sentencias*, 1986-II-190.

⁴ En la causa 73.151. Juba sum. B46795.

del 27 de septiembre de 2001, formando mayoría sus ministros Fayt, Belluscio, Bogiano, López, Bossert y Vázquez —con la sola disidencia en el punto de los señores ministros Nazareno, Moliné O'Connor y Petracchi— estableció que si bien no implica la habilitación a los jueces de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley en cualquier supuesto, sí se los autoriza en situaciones muy precisas:

- a) Cuando la violación de la Constitución sea de tal entidad que justifique la abrogación de la norma en desmedro de la seguridad jurídica, ya que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad.
- b) Cuando la repugnancia a la Constitución sea manifiesta e indubitable, ya que en caso de duda debe estarse por la constitucionalidad.
- c) Cuando la incompatibilidad sea inconciliable, o sea, cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones distintas que las constitucionales comprendidas en la causa.
- d) Cuando su ejercicio no suponga en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta, lo que determina el carácter incidental de este tipo de declaraciones de inconstitucionalidad o sea, que se ejerce sólo cuando es necesario remover un obstáculo que se interpone entre la decisión de la causa y la aplicación directa a ésta de la CN.
- e) Cuando la declaración de inconstitucionalidad no vaya más allá de lo estrictamente necesario para resolver el caso.
- f) Cuando la declaración de inconstitucionalidad no tenga efecto derogatorio genérico.

En un fallo más reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Banco Comercial de Finanzas”, del 19 de agosto de 2004, en el considerando 3 ha manifestado

...que, asimismo, cabe recordar que si bien 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, no se sigue de ello 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 —trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (artículo 31 de la carta magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (*Fallos*: 306:303, considerando 4o. del voto de los jueces Fayt y Belluscio)...

Walter Carnota, en comentario al fallo citado, con meridiana claridad dice que los argumentos brindados por la mayoría en los considerandos 3o. y 4o. de este fallo no dan margen de dudas: el *iura novit curia* hace que los magistrados puedan y deban pronunciarse sobre el asunto de raíz constitucional que se anide en la causa. Oficialmente, las posiciones aisladas de veinte años atrás de *Fallos*: 306:303 son hoy prevalecientes. Y está bien que así sea, porque cuando está en juego el orden público constitucional, no hay disponibilidad de las partes que valga. Será la prudencia del juzgador, y en última instancia la de la Corte Suprema, la que “dirá el derecho”, incluso el constitucional.⁵

Finalmente, es significativo destacar que con la reforma constitucional de 1994, el artículo 43 de la CN habilita a los jueces a declarar en los amparos la inconstitucionalidad de la norma que sustenta el acto lesivo —cuyo ámbito de acción ha sido sustancialmente ampliado—, como es el caso de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 14), donde le da la posibilidad de declararla de oficio, y que algunas Constituciones provinciales (La Rioja, Río Negro, entre otras) lo imponen como deber. De allí que esta cuestión es actual y se encuentra abierta a la discusión, ya que como lo señala Néstor Pedro Sagüés, es un tema donde no hay una sola solución normativa.⁶

III. TESIS NEGATORIA

Los puntos más importante de esta corriente para no permitir la declaración oficiosa los podemos resumir en los siguientes: 1) La presunción de legitimidad que gozan las leyes; 2) La defensa en juicio de la parte que se ve perjudicada con dicha declaración, y 3) La división de poderes se ve

⁵ Carnota, Walter, *La inconstitucionalidad de oficio una cuestión saldada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, El dial.com*, agosto de 2004.

⁶ Sagüés, Néstor, “El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en Argentina. Prohibición, facultad o deber”, *E.D.*, 18 de marzo de 1999.

menoscabada por tener el Poder Judicial funciones que van más allá de las que le corresponden.

En 1941 la Corte Nacional en el caso, “Los Lagos”, sostuvo que el control jurisdiccional de oficio sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas vulneraría el equilibrio de los tres poderes e implicaría la violación al principio de división de los mismos.

IV. NUESTRA POSICIÓN

No tenemos duda de inclinarnos por la tesis amplia, con algunos aditamentos al respecto, 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, tenemos una postura intermedia que sostiene que los jueces pueden hacer aquella declaración sin petición de parte cuando la inconstitucionalidad sea palmaria y de una gravedad significativa.

Los fundamentos esgrimidos por la corriente adversa se centran en que actuar de oficio vulneraría: 1) la presunción de legitimidad de las leyes; 2) la defensa en juicio, y 3) el principio de congruencia.⁷

1. *Presunción de legitimidad*

Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos, o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución.

2. *Defensa en juicio*

No puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuera debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas, so pretexto de no haberse podido los interesados expedido sobre su aplicación en el caso; recoge así la

⁷ CSJN, fallos 310, 1090, 311, 2088.

actual jurisprudencia del máximo tribunal de la nación la opinión de Fayt y Belluscio en el fallo del 24 de abril de 1984.⁸

3. *Principio de congruencia*

Este principio tiene una relación muy cercana con la inconstitucionalidad de oficio, debido a que el principio de congruencia prohíbe que el juez vaya más allá de lo requerido por las partes en el proceso, y como justamente la inconstitucionalidad de oficio es efectuada sin que las partes lo hayan peticionado, resulta muy oportuno su análisis pormenorizado. Afecta este principio el razonamiento que traduce una desviada consideración de las alegaciones formuladas por la demanda y de las normas aplicables al caso.

No puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes en favor del Judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay.

Si bien, ningún caso es igual a otro y si la jurisprudencia del superior debe ser tenida especialmente en cuenta, por su autoridad y prevalencia, debe examinarse puntiliosamente las circunstancias de cada caso sometido a juzgamiento para no incurrir en generalizaciones indebidas.

Del mismo modo el respeto al principio de supremacía constitucional y la sagrada función de aplicar el derecho y no la ley inconstitucional, no podemos dejar de lado dicha función por el solo hecho que los litigantes discordados no lo pidan; el juez no puede permanecer atado por el silencio de las partes y convalidar una norma que afecte a la ley suprema, con la obligación de cumplir y hacer cumplir en lo que a los jueces dependiera al prestar su juramento de rigor.

Y desde un punto de vista procesal tal facultad también viene avalada por la norma que dimana del artículo 34, inciso 4o. del CPCCN, por la cual son deberes de los jueces fundar toda sentencia bajo pena de nulidad y respetando la jerarquía de las normas vigentes.

⁸ Fallos 306.303.

Como ya dijimos, la más autorizada doctrina se adhiere a esta última postura aceptando el control de constitucionalidad ex officio; es la posición sustentada por Bidart Campos⁹ y Juan Carlos Hitters.¹⁰

Desde este criterio, tal facultad de actuar de oficio debe dinamizarse en casos excepcionales, cuando la violación a la ley suprema aparezca en evidente y grosera situación, no se trata que los jueces revisen todos y cada uno de los actos del poder político concretando lo que se ha dado en llamar “el gobierno de los jueces”; si se trata que ejerzan, en casos como el que nos ocupa, el control de constitucionalidad, lo cual hace precisamente el equilibrio de los poderes de todo Estado republicano.

V. EL PAPEL DEL JUEZ Y LA DIVISIÓN DE PODERES

Como ya lo hemos señalados, el primer y más importante rol del juez es el de controlar la supremacía constitucional a través del control de constitucionalidad, incluso de oficio cuando las partes no lo efectúen.

Para ello, además de velar como miembro de uno de los poderes del Estado, de sus funciones específicas con el límite impuesto por la división de poderes, el magistrado debe hacer que se respete al poder constituyente y con ello los ideales constitucionales por sobre todas las cuestiones principales o accesorios de su función.

La división de poderes tiene como escollo, al no ser, los miembros del Poder Judicial, representantes ni directos ni indirectos del pueblo, su poder surge de lo establecido por el poder constituyente —originario o derivado—, es por ello que su esencia radica en el bienestar general, salud pública y orden nacional.

Y esto no se modifica si es un juez civil, comercial, contencioso administrativo o penal, ya que, se es por sobre todas las cosas juez de la Constitución y luego de las leyes que reglamenten las materias específicas.

Aunque podemos decir que en las distintas materias, el juez como guardián de la Constitución, se enfrenta a matices diferentes. Cuantos estamos frente a un hecho ambiental, tributario o penal, estos matices, si bien no logran desvirtuar lo sostenido precedentemente, obligan a lograr la búsqueda del bien público o del orden público internacional.

⁹ Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, t. III, pp. 435 y ss.

¹⁰ Hilters, Juan Carlos, *Teoría de los recursos extraordinarios y de la casación*, p. 724.

Finalmente, no existe desequilibrio de poderes si se declara la inconstitucionalidad de oficio, recuerda Bidart Campos, trayendo a colación opiniones de Carlos Fayt y Augusto Belluscio, que si ello fuera así el desequilibrio se produciría también cuando la declaración se produce a petición de parte; y resalta el argumento, pues no ha existido controversia alguna cuando la declaración de inconstitucionalidad ha sido pedida por las parte en el proceso.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La teoría amplia o permisiva, que sin llegar al extremo de sostener que los jueces deben pronunciarse de oficio les da la potestad de hacerlo, pero en casos excepcionales, cuando la violación del principio de supremacía de la Constitución aparezca flagrante e indudable, no viole la división de poderes, ni la defensa en juicio de los derechos de ambas partes.

Para este último aspecto sería conveniente dar traslado a las partes para que puedan expresar libremente su opinión al respecto, sea esta favorable o desfavorable, para aventar esta última posible lesión. El pronunciamiento registrado en “Mill de Pereyra” (Fallos: 324:3219), sirvió para que cada uno viera lo que quisiera ver: algunos sostuvieron que finalmente la Corte había acogido la inconstitucionalidad oficiosa, mientras que otros afirmaron que era un caso tangencial o marginal. Estas dudas interpretativas llevaron incluso a que uno de los jueces tuviera que explicar en la doctrina “ex post” las razones de su voto.¹¹ Mientras que en cuestiones netamente jurídicas no encontramos obstáculo para la declaración de oficio, pero resulta más restringido si son cuestiones de políticas: económicas, sociales, culturales, educacionales, etcétera. Esta facultad se achica, dado que si libremente se concede el juzgado estaría reemplazando a uno de los poderes políticos del Estado, sea Poder Ejecutivo o Legislativo. Sólo así se salvan las objeciones que se han levantado contra un presunto “carácter contra-mayoritario” o de “déficit democrático” de la inspección de constitucionalidad a cargo del Poder Judicial, al remontar su fundamento último al respeto de los derechos de las minorías y a la imparcialidad que debe contener el razonamiento judicial.¹²

¹¹ Carnota, Walter, *op. cit.*, nota 6.

¹² Véase Gargarella, Roberto, “Control de constitucionalidad”, en AA.VV., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 2004, pp. 633 y ss.

Para ello debemos tener en cuenta que el análisis de la cuestión sería tan sólo al caso concreto y, cuando se ha desnaturalizado, alterado o quebrantado algún derecho, principio constitucional, en estos casos el juez tiene la obligación de seguir el derecho y no la ley inconstitucional. Todo ello sin tener la intención de remplazar ningún poder, sino de controlar y respetar la Constitución, actuando como un juez y no fijando políticas de Estado generales, que resultan de mérito y conveniencia su aplicación política por los otros poderes del Estado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Verbisky”, resaltó que hay una muy fina línea que se torna borrosa entre la evaluación de la “oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas adoptadas por la administración provincial, ni poner en discusión su política penitenciaria, y menos aún, su política criminal en la parte que le compete” (considerando 25) lo aquí resuelto y es que el Alto Tribunal ha actuado como “una Corte Constitucional” que “fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión” (considerando 26). El *self-restraint* que mostraron las jurisdicciones superiores provinciales ha dado paso a un activismo que se da en un contexto (justo es reconocerlo) de deserción de los poderes políticos frente a un problema humano y jurídico de envergadura.¹³

Por todo lo expuesto no sólo el control de constitucionalidad de oficio no choca contra la división de poderes, sino por el contrario lo hace aún más fuerte, robusteciendo su facultad implícita y exclusiva en el control de constitucionalidad de oficio, sin menguar el sistema republicano y priorizando la aplicación del derecho por sobre la ley y lo peticionado por las partes.

Todo ello en defensa de la más sagrada de las normas, que es la Constitución, donde los jueces son sus guardianes en forma permanente sin poder tener excusa alguna para no resguardarla, por que en ella radica el verdadero límite del poder a los otros dos poderes, ya que esa es la esencia de la división de poderes. Como nos recuerda Hans Kelsen “...La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder...” y, “...como toda norma, también la Constitución puede ser violada por aquellos que deben cumplirla...”¹⁴

¹³ Carnota, Walter: “Un problemático supuesto de “habeas corpus colectivo” (Nota al fallo “Verbitsky”), <http://www.el.dial.com>, mayo de 2005.

¹⁴ Kelsen, Hans, *El defensor de la Constitución*, España, Tecnos, 1995.