

## EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DEL CONTROL DE OFICIO DE CONSTITUCIONALIDAD

I. Aproximación al tema . . . . .	215
II. La formulación jerárquica del orden jurídico . . . . .	216
III. La supremacía en el actual derecho constitucional argentino . . . . .	217
IV. El control de constitucionalidad en Argentina . . . . .	219
V. El tema a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema . . . . .	222
VI. Crítica a los argumentos que deniegan el control de oficio . . . . .	231
VII. La declaración de oficio en el derecho público provincial . . . . .	238
VIII. Una reflexión necesariamente morigeradora . . . . .	241
IX. Epílogo . . . . .	242

## EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DEL CONTROL DE OFICIO DE CONSTITUCIONALIDAD

### I. APROXIMACIÓN AL TEMA

Entre tantos temas constitucionales que acapararon nuestro interés, el referido al *control jurisdiccional de oficio de constitucionalidad* de las leyes y demás actos estatales, provocó una primera investigación que publiqué allá por el año 1975.<sup>1</sup>

La evolución del tema en estos casi cinco lustros, lamentablemente, no muestra un cambio fundamental en la tradicional e inveterada doctrina judicial, aunque sí se observa un lento, creciente y significativo proceso de avance de dicha doctrina, tanto en la mentalidad de numerosos tribunales como en la de los constitucionalistas y procesalistas.<sup>2</sup> Ello no es óbice

1 Haro, Ricardo, *El Derecho*, t. 64, 17 de noviembre de 1975, p. 641.

2 Entre otros, puede consultarse: Alsina, Hugo, *Tratado*, t. II, p. 39, edic. 1963; Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1993, pp. 498-506 y *El control de oficio en sede provincial*, en *El Derecho* (ED) 100-633; Sagües, Néstor Pedro, *La prohibición de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas*, La Ley (L. L.), T. 1981-A Sec. Doctrina, p. 841; *Variantes y topes en la declaración de inconstitucionalidad de oficio*, en ED t. I. 40-750; *El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en Argentina: Prohibición, facultad, o deber*, en “Derecho Constitucional-El Derecho” del 18 de marzo de 1999. Mercado Luna, Ricardo, *Control de oficio de la constitucionalidad*, Jurisprudencia argentina (J. A.), Doctrina 1971-179; Bianchi Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abaco, 1992, pp. 207-226; *¿Puede la Corte Suprema ejercer control de constitucionalidad por vía de acordada?*, Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley de 12 de marzo de 2001; S. Arbonés, Mariano, *Declaración de inconstitucionalidad de oficio*, en J. A. T. 23, año 1974, p. 585; Romano, Alberto A. y Rodríguez, Marcelo T., *Declaración de inconstitucionalidad de oficio*, J. A. 1984-IV-767; Hitters, Juan Carlos, *Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (Necesidad de que la Corte Nacional rectifique su doctrina)*, ED 15 de octubre de 1985; Veronica, Óscar H., *Declaración de oficio de inconstitucionalidad de leyes o decretos*, L. L. 27 de junio de 1986; Oteiza, Eduardo, *El control de constitucionalidad de oficio*, en J. A., 1986-I-731; Manchini, Héctor A., *Apuntes sobre la declaración de inconstitucionalidad de las normas*, L. L. 21 de abril de 1986. Bazán, Víctor, “La Corte, la declaración de inconstitucionalidad de oficio y el sendero hacia la superación de una doctrina judicial inconsistente”, *El Derecho* del 1-10-1998; asimismo en “¿Es sustentable la posición de la CJN en el sentido de proscribir el ejercicio jurisdiccional del control de constitucionalidad de oficio?”, *Entre Abogados, Revista del Foro de Abogados de San Juan*, año VIII, núm. 1, 2000; Carreño, Pedro Nicolás, *¿Un caso de control de oficio de inconstitucionalidad de una ley provincial por la CSJN?*, *Semanario Jurídico*, Córdoba, 3 de febrero de 2000, p. 137; *El control de supremacía constitucional*, en el Boletín núm. 170 de julio 2000, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (AACD).

para señalar, asimismo, cómo el constitucionalismo provincial ha receptado expresamente en algunos de sus textos, la posibilidad de la declaración de oficio de inconstitucionalidad en el ámbito del orden jurídico local, como excepcionalmente lo ha formulado algún texto legal nacional, todos ellos que examinaremos más adelante.

Evidentemente que no resulta aún pacífico el tratamiento de este tema del *control de oficio*, en el eminente capítulo de la supremacía constitucional y de sus pertinentes sistemas de control, razón por la cual debe tenerse muy presente que dicha supremacía supone la existencia, en la cima del ordenamiento jurídico, de normas que por su carácter fundamental y supremo, presiden toda la producción jurídica de las normas inferiores, las cuales, si no tienen sus raíces entroncadas en aquéllas, quedan descartadas en cuanto a su validez, puesto que la falta de “savia constitucional” las esteriliza y tarde o temprano “mueren” en su vigencia.

## II. LA FORMULACIÓN JERÁRQUICA DEL ORDEN JURÍDICO

El gran maestro austríaco Hans Kelsen, al exponernos sus reflexiones sobre la Constitución en sentido lógico-jurídico y jurídico-positivo, nos habla de que la estructura jerárquica en el proceso de creación jurídica, “desemboca en una norma fundamental” en la que se basa la unidad del orden jurídico en su automovimiento. La figura geométrica de la pirámide jurídica que aportara su discípulo Merkl, nos muestra dos características capitales del sistema jurídico.<sup>3</sup>

Por una parte, su *carácter dinámico*, en la permanente creación y modificación de reglas jurídicas. Por otra, su *conformación y estructuración sistemática*, mediante las cuales se nos manifiesta cómo el orden jurídico, a partir de la *norma fundamental*, regula su propia creación y desenvolvimiento, toda vez que en cualquier nivel, la norma superior establece tanto el órgano y el procedimiento con que pueden elaborarse válidamente las normas inferiores (*validez formal*), así como también el marco de sus contenidos normativos que deben ser congruentes con la *substantia* del derecho de la norma antecesora (*validez sustancial*).

De allí que el sistema jurídico constituya un ordenamiento de normas concatenadas, jerárquicamente, por relaciones de *supraordinación, subordinación y coordinación*, que le permiten lograr la *unidad* necesaria a

3 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1967, pp. 133-143; *id.*, *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1965, pp. 325-332.

todo ente; todo lo cual, requiere como lógico colofón, la existencia de *sistemas de control* que garanticen la supremacía de la norma fundamental y ratifiquen o descalifiquen la validez formal y/o sustancial de las normas inferiores, en la medida que reconozcan o no, su inserción en la escala jerárquica que lleva a la *norma fundamental*.

Ya sea que hablemos de sistemas *políticos, judiciales o mixtos* si atendemos a la naturaleza del órgano controlante; ya sea que aludamos a los *controles difusos o concentrados* en los sistemas judiciales, en ambos casos siempre nos estaremos refiriendo a los mecanismos que vehiculizan la atribución de declarar la inconstitucionalidad formal o sustancial de cada norma. Por lo tanto, no podemos hablar del *principio de supremacía constitucional* si no lo hacemos, simultáneamente, de sus pertinentes *sistemas de control*, garantías fundamentales sin las que el Estado constitucional y democrático de derecho no puede alcanzar plena vigencia.

Una de las características constitucionales que permiten la determinación de un régimen democrático en los sistemas iberoamericanos —sostiene Héctor Fix Zamudio— es el relativo a los instrumentos de justicia constitucional, la cual debe permitir a través del control de constitucionalidad, desarrollar efectivamente los valores supremos de carácter democrático contenidos en la Constitución.<sup>4</sup>

### III. LA SUPREMACÍA EN EL ACTUAL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

#### 1. *La Constitución histórica 1853-1860*

Nuestra Constitución histórica de 1853-1860, dispone en su artículo 31 que: “*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 a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...*”.

Es conveniente señalar, como lo hemos sostenido en anteriores trabajos, que en dicha prescripción debemos distinguir un doble sentido del principio de supremacía: De un lado, una *supremacía en sentido estricto*, que correspondía a la Constitución Nacional (en adelante CN), respecto

4 Fix-Zamudio, Héctor, “Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica”, *Anuario Jurídico*, México, t. IX, 1982, p. 416.

de todas las normas infraconstitucionales que integran tanto el orden jurídico nacional (leyes, tratados, decretos, reglamentos, etc.) como los órdenes jurídicos provinciales y municipales. De otro lado, y atendiendo a nuestra forma de Estado federal, debemos poner de resalto una *supremacía en sentido amplio*, que es la de todo el “derecho federal” respecto al “derecho local” (provincial y municipal).

## 2. La reforma constitucional de 1994

Pero a partir de la Reforma de 1994, la citada disposición se ha visto complementada por una nueva y trascendental como lo es la del artículo 75, inciso 22, al establecer dos prescripciones decisivas y categóricas:

- A. Por un lado, cuando dispone que “*los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*”, con lo cual viene a resolver el permanente conflicto que se derivaba del otorgamiento de igual jerarquía normativa a la ley y a los tratados, en los términos del artículo 31 citado, de modo tal que para el caso de tratados y leyes anteriores o posteriores, regía en este sentido el conocido principio que nos viene desde el derecho romano en el sentido que “*la ley posterior deroga a la anterior*” (*lex posterior derogat priori*). De ahora en más, la normativa constitucional ha esclarecido, explícitamente, la primacía de los tratados y concordatos sobre las leyes internas.
- B. De otro lado, la reforma dispuso que los diez instrumentos internacionales referidos a los derechos humanos que menciona en el segundo párrafo del mencionado inciso 22, “*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*”. Cabe, asimismo, señalar que igual jerarquía constitucional otorga a los futuros tratados y convenciones sobre derechos humanos, que se les fuera reconocida por el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de cada Cámara.

## 3. Estado actual de la cuestión

En consecuencia y atendiendo a estas disposiciones reformadoras, es preciso reconocer:

- A. Que el principio de la supremacía constitucional en *sentido estricto*, ha dejado de pertenecer exclusivamente a la CN y se ha ampliado hacia los tratados de derechos humanos mencionados en el inciso 22, los cuales a nuestro entender no están incorporados al texto constitucional que concluye en el artículo 129, sino que se los menciona para otorgarles “jerarquía constitucional”, pero no para que formen parte del texto de la CN.

Están “al lado de ella”, en su mismo nivel jerárquico, pero no “dentro de ella”, formando la CN y dichos tratados lo que podemos llamar las “*normas fundamentales*”, o el “*núcleo de constitucionalidad*”, o también el “*bloque de constitucionalidad*”, tomando esta expresión de reconocida doctrina francesa —con progresiva incursión en la doctrina constitucional de varios países europeos— que si bien comienza a pergeñar dicho concepto a partir de la década de 1970, lo ha continuado perfilando en su precisión, de forma tal que con Louis Favoreu, parafraseando a Georges Vedel, podemos decir que “*el bloque de constitucionalidad stricto sensu*” se compone exclusivamente de textos de nivel constitucional, a saber, la propia Constitución, la Declaración, el Preámbulo, y las “leyes de la República”, en la medida que sean portadoras de “principios fundamentales”.<sup>5</sup>

- B. Y desde la perspectiva de *la supremacía en sentido amplio*, después de la Reforma, si bien no ha variado en su “contenido federal”, sí ha variado en el orden jerárquico del “derecho federal”, atendiendo a la jerarquía dispuesta de los tratados internacionales y concordatos sobre las leyes nacionales.

#### IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA

##### 1. *El sistema difuso de control*

Así receptado el principio de la supremacía constitucional, sólo nos falta recordar que en nuestro régimen, siguiendo al constitucionalismo de los Estados Unidos, *el control de constitucionalidad ha sido confiado a todos los jueces de cualquier jerarquía o fuero* (sistema difuso), estableciendo como

5 Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991, p. 24.

intérprete final a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), como cabeza del Poder Judicial de la Nación (artículo 116, CN).

Pero tal eminente atribución que tienen los jueces, debe ser ejercida con la necesaria prudencia que exige toda atribución a los órganos del poder de carácter excepcional, más si como en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de un acto estatal, se pone en juego los cimientos de nuestra conciencia constitucional y de la arquitectura del orden jurídico del Estado. De allí que la CS desde sus orígenes, ha sentado las pautas indispensables para que esta atribución sea plenamente ejercida en el marco de la Constitución Nacional (CN), para afianzar su supremacía evitando los excesos o defectos que por el contrario, la violentarían.

En este sentido, cabe recordar la trascendental doctrina reiterada hasta nuestros días por el Alto Tribunal, cuando en célebre sentencia del 14 de abril de 1888 en el caso “Municipalidad de la capital c/ Isabel de Elortondo”, que se registra en fallos 33-162, en la p. 194 sostuvo: *“Que es elemental en nuestra 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 se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella...”* (véase, entre numerosos casos similares, el registrado en fallos 321-562, del 17 de marzo de 1998).

Esta doctrina ha sido reiteradamente sostenida hasta nuestros días por el Alto Tribunal, como es el caso de la sentencia del 21 de marzo de 2000 (fallos: 323-518) en la que afirmó, enfáticamente, que *“Todos los jueces de cualquier jerarquía o fuero, pueden y deben por expreso mandato de la Ley Fundamental, interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación, en las causas cuyo conocimiento les corresponde”*, es decir, todos los tribunales que integran tanto el Poder Judicial federal como los Poderes Judiciales provinciales, y en contemporánea sentencia que se registra en fallos: 323-477 dijo, complementando la precedente doctrina y otorgándole rotundidad dentro del sistema judicial, que ello era así *“sin perjuicio de que las cuestiones federales eventualmente comprendidas, puedan ser objeto de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario”*, ya sea que dichas cuestiones hayan sido planteadas en procesos ante los tribunales federales o provinciales (*idem* en fallos 323-2590, del 14 de septiembre de 2000).

## 2. *La trascendencia institucional de la declaración de inconstitucionalidad*

En innumerables e inveteradas sentencias, la CS tiene reiteradamente sentado que “la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, *es acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un Tribunal de Justicia*. Por ello debe ser considerada como *última ratio del orden jurídico*, por lo que sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional, es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable” (fallos: 319-3148, entre tantos otros).

Por otra parte, en el citado caso “Municipalidad c/ Elortondo” (fallos: 33-162), la CS asimismo destacó la función morigeradora y garantista que le compete como cabeza de poder, junto a los demás tribunales inferiores, al afirmar que el control de constitucionalidad constituye una *atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos* (véase, entre numerosos casos similares, el registrado en fallos 321-562, del 17 de marzo de 1998).

## 3. *Una de las limitaciones impuestas al control de constitucionalidad*

Si bien en parte está legislado (v. gr. artículos 14, 15 y 16 de la Ley 48 y 60. de la Ley 4055), el sistema de control de constitucionalidad en gran medida, se encuentra regulado por pautas y criterios jurisprudenciales. Uno de estos criterios, inveteradamente reiterado desde su primera integración por la CS y con seguimiento por la inmensa mayoría de los tribunales inferiores, es el que establece que por principio, *dicho control de constitucionalidad no puede ser ejercido de oficio por el tribunal actuante, sino sólo a pedido de parte interesada*. Para esta afirmación vertebradora en su posición, la CS invocó la prescripción del artículo 2o. de la ley 27 (año 1862) que dice: “*Nunca procede de oficio (la justicia nacional) y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte*”.

A pesar de ello, bueno es destacar que esta pauta jurisprudencial negativa del “control de oficio”, no ha sido seguida por la normativa de algunas constituciones provinciales, como lo veremos más adelante ni tampoco y excepcionalmente, por algunas normas federales, como por ejemplo:

- A. El artículo 6o. de la *Ley de hábeas corpus No. 23.098*, al disponer que “*Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad...*”. Si bien la prescripción no es plena en cuanto al no tener carácter imperativo, sino meramente potestativo, no le obliga al juez a ser congruente con el principio de orden público de la supremacía constitucional; no obstante, aún tratándose de un caso aislado en el orden jurídico federal, no por ello deja de tener un valor premonitorio para aceptaciones futuras del control de oficio, aunque somos conscientes que dichos tiempos están aún muy lejanos.
- B. Por otra parte, el artículo 43 de la CN reformada, recepta las garantías procesales constitucionales de las acciones de *amparo*, de *hábeas corpus* y de *hábeas data*, como manifestaciones diversas de una misma naturaleza y concepción *garantista*. Y si tenemos en cuenta la disposición de la ley de hábeas corpus que acabamos de analizar y además, la referida al amparo en el artículo 43, cuando establece que “*el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*”, no aparece como incoherente ni irrazonable que a potestad de oficio en el hábeas corpus pueda extenderse al amparo, atendiendo a una interpretación sustancialmente sistemática, que evite diferenciar y discriminar en este tópico, a acciones que responden a la misma naturaleza sumaria y tuitiva de la cual son simples parciales manifestaciones. En fin, entendemos que no resulta lógico que la declaración de oficio que se permite en el hábeas corpus, se lo prohíba para el amparo.

## V. EL TEMA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Como tema nacido fundamentalmente de la doctrina jurisprudencial, es de capital importancia realizar un examen del control de constitucionalidad *de oficio*, según el o los criterios que en su labor de casi un siglo y medio, ha sentado la CS, sin perjuicio de reseñar también los de los tribunales inferiores nacionales.

### 1. *El principio general en la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

#### A. *Razones que avalan la posición negativa*

El principio generalmente sostenido de forma casi unánime por los tribunales del país, con la CS a la cabeza, afirma que “*no le corresponde a*

*los jueces declarar la inconstitucionalidad de una norma legislativa o de un acto administrativo, si no ha sido planteada expresa y fundadamente por parte interesada en una causa judicial*”, y ello es así por las siguientes razones invocadas por la jurisprudencia que reseñamos:

- a) Porque es esencial a la organización de la justicia como “poder”.
- b) Porque lo exige la división y 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 un perjuicio para la parte que impugna la constitucionalidad.

### B. *La explicitación de las razones en la jurisprudencia de la CS*

Veamos la explicitación de estas motivaciones en la jurisprudencia.

Uno de los fallos de la CS en el que con mayor medulosidad se desarrolló esta tradicional posición, es el que pronunció in re “S. A. Ganadera “Los Lagos” en 1941 (fallos: 190-142) en el que se afirmó:

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 en 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. 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 (en igual sentido véase fallos: 202-249; y 205-165).

Años después y ampliando estos fundamentos, la CS sostuvo en 1961 en fallos: 251-455:

Que este principio —también acogido por el artículo 2 de la ley 27— reconoce por fundamento, la presunción de validez de *los actos estatales* y la

*necesaria limitación de la facultad judicial de invalidarlos*, a los supuestos de la existencia de un conflicto judicial y de un peticionante cuyos derechos se encuentren realmente afectados.

Más tarde, en fallos: 269-225 de 1967, agregó que *la declaración de inconstitucionalidad sólo será pertinente mediando un amplio y explícito debate sobre el particular... por vía de una concreta impugnación... pues a los jueces les está vedada la declaración de oficio de inconstitucionalidad*.

### C. Reiteración y suave morigeración

La doctrina expresada precedentemente, ha sido reiterada en la doctrina judicial de nuestra CS, entre muchos otros, en fallos: 234-335; 202-249; 242-112; 252-328; 254-201; 261-278; 269-225; 274-299; 289-89 y 177; 304/2-1953; 306/1-303; 310-1090 y 1401; 311-1893; 315-1223, etc.

En tal sentido, puede recordarse que en el caso “*Langle*”, del 6 de octubre de 1992, que se registra en fallos: 315-2328, la CS sostuvo categóricamente que “*al conocer de las tachas de inconstitucionalidad formuladas por una de las partes, sea por vía de recurso o de demanda, ha de atenerse a las razones, agravios, defensas o fundamentos que hayan sido concretamente expuestos, sin que le sea permitido alterarlos, pues si lo hiciera, violaría el derecho de defensa en juicio*”. Y en sentencia del 17 de marzo de 1998, que glosa en fallos: 321-542, a contrario sensu afirmó “*que una escueta y genérica impugnación de inconstitucionalidad, no resulta apta para justificar una declaración de semejante gravedad institucional*”.

Pero también es dable destacar que el Alto Tribunal morigeró en algunas oportunidades muy singulares la rigidez de su negativa, al afirmar que *a los jueces les está vedado, como principio y salvo supuestos excepcionales, declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes y reglamentos nacionales* (fallos: 261-278; 267-150; 282-15; entre otros). Y bien sabemos que cuando la CS usa estas similares expresiones: “si bien por principio” o “como principio”, etcétera, es porque está dejando una rendija o hendidura por donde quizás en futuros casos, atenúe su rigidez y conceda mayor flexibilidad y amplitud a su doctrina.

## 2. Las primeras disidencias en la Corte Suprema de 1983

A partir de la nueva integración de la CSJN en 1983, esta incommovible y férrea doctrina manifiesta sus primeros resquebrajamientos con

abiertas y categóricas disidencias en minoría, de los ministros Fayt y Belluscio, favorables al control de oficio de constitucionalidad, lo que en mucho valoramos por la similitud que existe entre los argumentos que dichos jueces expresaron con los que nosotros, con parte de la doctrina, ya veníamos sustentando desde la década del 70. Esta histórica sentencia del 24 de abril de 1984 se registra en fallos: 306-303, mientras la tradicional posición negatoria seguía siendo sostenida por los ministros Caballero, Bacqué y Petracchi.

En este sentido, in re “*Juzgado de Instrucción Militar No. 50 de Rosario*”, aquellos ministros dijeron que

Es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de causa concreta... mas de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de 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 erróneamente —trasuntado en el antiguo adagio “*iura curia novit*”— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (artículo 31) aplicando en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional y desechando la de rango inferior... facultad ésta que corresponde a los jueces de cualquier fuero, jurisdicción o jerarquía, nacionales o provinciales... que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes.

Compartimos plenamente a la disidencia reseñada y sus fundamentos, porque ella significa un vigoroso avance hacia una más plena vigencia de la supremacía constitucional. Ambas posiciones, la tradicional y la innovadora, fueron reiteradas en fallos: 310-1090 in re “*Perez María del C. c/ Entel*” de 1987; fallos: 310-1401, in re “*Peyrú Osvaldo J.*”, de 1987; fallos: 311-1893, in re “*Coppola Rubén y otros*”, de 1988.

### 3. Reiteración y otra disidencia más en la Corte Suprema de 1989

Con la nueva integración del Alto Tribunal a partir de 1989, motivada por el aumento de sus ministros de cinco a nueve, la CS no ha variado su doctrina tradicional, pues v. gr. en el caso “*Fiscal c/ Benitez, José C. y otro*”, del 10 de junio de 1992 (fallos: 315-1223), reiteró que, “el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma, debe demostrar claramente que contraría la Ley fundamental”. En igual sentido:

“*Fojo J.L. c/ Estado Nacional y provincia de San Juan*”, del 1992 en fallos: 315-952; “*Moño Azul SA*”, de 1993, fallos: 316-687; “*Gil de Gimenez Colodrero*”, de 1993, fallos: 316-1718.

Pero resulta importante destacar, por una parte, que felizmente en este periodo se mantuvieron firmes las fundadas disidencias citadas, v. gr. por el doctor Fayt, entre otras, en las sentencias recaídas en: “*Tissera, Horacio Fernando*”, de 1996, fallos: 319-925, causa en la cual la CS rechazó el recurso extraordinario en virtud de lo dispuesto por el artículo 280 CPCCN y con disidencia del ministro doctor Petracchi invocando la tesis negatoria al sostener que “Los jueces no están habilitados a declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes”. La posición del ministro Fayt, ha vuelto a reiterar no hace mucho en “*Unilever NV*” del 24 de octubre de 2000 (fallos: 323-3190); en “*Antedoro Antonio D.*”, de 1996, fallos: 319-2867 y “*Ricci, Oscar Francisco*”, de 1998, fallos: 321-1058, caso éste en el que se incorpora la disidencia del ministro Boggiano, que a continuación analizamos.

De otro lado, cabe poner de resalto que a esa tesitura favorable al control de oficio, se produjo en este periodo una nueva y fundada disidencia, por el ministro doctor Boggiano en autos “*Banco Buenos Aires, Building Society SA*”, del 21 de abril de 1998, en fallos: 321- 993, con similares fundamentos que reiteró a los pocos días, en los considerandos 4o. a 9o. y 1a. parte punto del 11, en el citado caso “*Ricci*”.

Podríamos sintetizar de la siguiente manera la posición del doctor Boggiano, que en realidad no varía, sustancialmente, las argumentaciones de los ministros Fayt y Belluscio:

- 1) Si bien los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de la ley en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta sometida a su juzgamiento, de ello no se desprende que necesariamente la parte interesada deba requerir en forma expresa el control de constitucionalidad, ya que éste constituye una cuestión de derecho ínsita en la facultad de los jueces que se resume en el antiguo adagio romano *iura novit curia* y que incluye el deber de mantener la supremacía constitucional.
- 2) El control de oficio no afecta la presunción de legitimidad de los actos legislativos, ya que dicho instituto es meramente provisional —*juris tantum*— y cede ante la comprobación y declaración de invalidez de las normas por el PJ.

- 3) La declaración de inconstitucionalidad de oficio, no implica una violación del derecho de defensa, ya que si así fuese 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 en el caso.

Las disidencias de los doctores Fayt, Belluscio y Boggiano, nos inducen a ser moderadamente optimistas, pues se inscriben en el lento pero progresivo avance que advertimos a favor del control de oficio. Pero no debemos olvidar que la posición negatoria de dicho control, está muy consustanciada con el patrimonio doctrinal del Alto Tribunal y de la mayoría de los tribunales inferiores.

#### 4. Algunos supuestos que hacen excepción al principio general

Los casos que exceptúan el “principio general”, son los siguientes:

##### A. Cuando existiendo una causa judicial, no se ha formulado la petición de parte

La CS ha sostenido la *procedencia del control de oficio, solamente en los casos en que esté en juego su propia competencia federal* en los términos de los actuales artículos 116 y 117 CN (ex-artículos 100 y 101). Así, en fallos: 238-288, dijo que si bien es de principio que el contralor de la validez de los actos de los demás poderes no puede ejercerse por los jueces de la nación *ex-officio*, hace excepción el supuesto que la reglamentación exceda los límites constitucionales de las atribuciones jurisdiccionales de esta Corte (fallos: 143-191; 185-140, entre otros) y en la medida necesaria para determinar la competencia del tribunal. Por el contrario y paradójicamente, el Alto Tribunal afirmó que “*los jueces no se hallan habilitados para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, aunque se trate de decidir cuestiones referentes a su competencia* (fallos: 261-283; 284-100).

Por nuestra parte, entendemos que por analogía y de acuerdo a un principio básico de lógica jurídica, este control de oficio debe proceder también en cualesquiera de las instancias del Poder Judicial de la Nación y en todos los casos que la ley modifique la competencia federal, a poco que se repare en la raigambre constitucional de ella, imperativa para todos los

tribunales en virtud de la facultad difusa de controlar la supremacía constitucional. ¿O acaso se puede, erróneamente, afirmar que en las causas ante los tribunales federales inferiores, no rige el principio axil de pertenencia de la competencia federal al orden público constitucional?

En este sentido, compartimos la doctrina sentada por diversos tribunales inferiores si excepcionalmente admiten el control de oficio, cuando la ley implicada viola preceptos constitucionales en materia de separación de poderes, organización de la justicia o atribución de competencia judicial (CNCiv., Sala D, *El Derecho*, t. 26-78; CNCom. fallo plenario del 19 de junio de 1969, en *El Derecho*, t. 30-769).

### *B. Cuando no existe causa judicial ni petición de parte*

Esta casuística comprende todos aquellos pronunciamientos que la CS ha realizado sin la existencia de causa y por lo tanto, sin petición por parte interesada, y que se han manifestado mediante acordadas del tribunal en diversas circunstancias históricas, en las que siempre y a menudo invocando sus poderes implícitos, se pronunció de oficio sobre la inconstitucionalidad de disposiciones legales que el tribunal consideró que afectaban sus atribuciones privativas constitucionales o principios que hacen a la esencia del Poder Judicial, como la independencia como potestad del Estado, la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces, etc.

Estas declaraciones de inconstitucionalidad fueron pronunciadas por la CS, explícita o implícitamente, en los casos que declaraba la “inaplicabilidad” de una norma legal en el ámbito del Poder Judicial, pues como acertadamente siempre lo ha expresado la doctrina, cuando un juez declara la inconstitucionalidad, la “desaplica” en el caso concreto. Veamos cuáles son las referidas acordadas:

### *C. Acordada del 7 de marzo de 1968*

Con motivo de la situación de “facto” que vivía el país en su gobierno federal y en los gobiernos provinciales, con motivo del golpe de Estado de mayo de 1966, y ante el no funcionamiento de las legislaturas provinciales, se dictó el Decreto-Ley 17.642/68 regulador de un régimen común de enjuiciamiento para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia Provinciales, que establecía la integración de los pertinentes tribuna-

les de enjuiciamiento. Con un ministro de la CS y dos presidentes de los Tribunales Superiores sorteados por aquélla, el Alto Tribunal se vio compelido a pronunciarse por la inconstitucionalidad del mencionado decreto ley, mediante la *acordada del 7 de marzo de 1968, de oficio y sin causa judicial*, por ser aquél incompatible con el principio federativo de gobierno y ajeno a la órbita de las funciones de la justicia federal (fallos: 270-85).

#### D. Numerosas acordadas posteriores

Confirmando esta doctrina, la CSJN se pronunció en el futuro en numerosas acordadas que mencionamos a continuación:

- a) *Acordada del 4 de febrero de 1984* (fallos:306-8), por la que declaró inaplicable el artículo 24 de la ley 22.192 que facultaba al Alto Tribunal, a designar integrantes del Tribunal de Ética Forense de entre los abogados inscriptos en la matrícula, afirmando que la facultad conferida por el citado artículo, excede notoriamente el marco de las atribuciones jurisdiccionales que la CN otorga a este Superior Tribunal y a las cuales debe ceñirse estrictamente en su accionar.
- b) *Acordada del 8 de octubre de 1991* (fallos: 314-948), declarando nulo el decreto 2071/91 del Poder Ejecutivo de la Nación por el que se suspendía por un año la vigencia del artículo 7o. de la Ley de Autarquía Judicial No. 23.853, y ordenaba adecuar las remuneraciones de los jueces a los niveles que el Poder Ejecutivo le asignaba, pues entendió la CS que dicha suspensión interfería en la ejecución de lo resuelto por acordadas del tribunal, emitidas en el ejercicio de las facultades de gobierno que le son propias con arreglo a las disposiciones de la ley No. 23.853.
- c) *Acordada del 23 de noviembre de 1995* (fallos: 318-1772), por la que se declaró inaplicable el artículo 5 de la ley No. 24.480 que disponía que el “Centro Nacional de Informática sobre Detenidos y Extravíos de Personas”, estará bajo la jurisdicción de esta CS, lo cual excedía la competencia fijada por los artículos 116 y 117 de la CN, pues una ley del Congreso no puede investir al Poder Judicial de facultades que hacen al directo ejercicio de atribuciones propias del Poder Ejecutivo.
- d) *Acordada del 11 de abril de 1996* (fallos: 319-24), declarando la inaplicabilidad por inconstitucional del artículo 1o. de la Ley

24.631, en cuanto deroga las exenciones contempladas en el artículo 20, incisos *p* y *r* de la ley 20.628 de Impuestos a las Ganancias, t.o. por Decreto 450/86, para los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación. La CS entendió que estas disposiciones afectaban el principio constitucional de la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces, por lo que debía declarar la inconstitucionalidad del artículo 1o. citado, aún sin la presencia de un caso judicial, en su condición de órgano supremo y cabeza del Poder Judicial de la Nación.

- e) *Acordada del 15 de octubre de 1996* (fallos: 319-2078), ante la sanción de la Ley 24.675 que dispuso la apertura de un registro en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, para la inscripción de aspirantes a desempeñarse como peritos, martilleros u otros auxiliares de la justicia, la CS expuso las razones que justificaba en casos como el presente, un *control de oficio* de inconstitucionalidad sin causa judicial ni petición de parte, señalando “que en situaciones como la presente la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no se encuadra en las facultades de índole judicial previstas en los artículos 116 y 117 CN. Antes bien, aquélla encuentra sustento en las atribuciones implícitas del tribunal, que es órgano supremo y cabeza del Poder Judicial de la Nación (artículo 108 de la ley fundamental), conclusión que hace inaplicables exigencias formales, previstas para hipótesis sustancialmente diversas, como la concerniente a que se esté frente a un “caso” o “controversia” (fallos: 201-239, 245; 237-29; 256-114; 259-11; 270-85; 306-8; 308-1519 y 314-948). Respecto del caso planteado, sostuvo el tribunal que los peritos son “auxiliares de la justicia” y que al detraerle su intervención en la reglamentación y en el control de las listas que en su consecuencia se elaboren, se afecta su autoridad como titular de un poder del Estado, por lo que la CS declaró la invalidez de la Ley 24.675.
- f) *Acordada del 29 de septiembre de 1998* (fallos: 321-1536), declaró la invalidez del artículo 65 inciso *b* de la Ley 24.946, que establecía el traspaso de funcionarios y empleados del Ministerio Público al Poder Judicial de la nación y a la inversa, ya que invocando la acordada 2/97 mediante la cual dispuso que el escalafón del Poder Judicial es independiente del que corresponde al Minis-

terio Público, la CS sostuvo que debía salvaguardar “atribuciones originarias del Tribunal en materia sustraída por el poder constituyente a la competencia del Poder Legislativo” (fallos: 238-288; 248-398; 251-455; 308-1519, entre otros).

- g. *Acordada No. 1 del 9 de febrero de 2000* (fallos: 323-1287), en la que con motivo que el Congreso de la Nación había dictado la Ley de Ética de la Función No. 25.188, la CS objetó la creación en el ámbito del Congreso de la Nación de la Comisión Nacional de Ética Pública, integrada entre otros, por un miembro designado por la CS, lo cual hace aplicable la doctrina de esta Corte con arreglo a la cual no le corresponde participar en organismos cuyas funciones son ostensiblemente ajenas a las atribuciones que la Constitución Nacional confiere al Poder Judicial. Por ello, declaró inaplicables en el ámbito del Poder Judicial diversas disposiciones de la Ley 25.188, a la vez que estableció que para preservar la independencia del Poder Judicial y en su ámbito, la CS será la autoridad de aplicación del régimen establecido por la citada ley del reglamento que dicte.

## VI. CRÍTICA A LOS ARGUMENTOS QUE DENIEGAN EL CONTROL DE OFICIO

### 1. *Control de oficio, causa judicial y petición de parte*

Al hablarnos de “causa” el artículo 116 de la CN, conviene precisar que evidentemente la existencia de una “causa” es el presupuesto que abre la instancia judicial, ya que de no ser así, los pronunciamientos constituirían enunciados *in abstracto*, opiniones doctrinales o criterios genéricos de naturaleza legislativa.

Por “causa”, es preciso entender la controversia que es sometida por las partes al conocimiento y decisión de un tribunal, para que administre justicia conforme a la norma que rija el caso. En este sentido la CS ha dicho, siguiendo a Story, que existe caso en el sentido constitucional, cuando una “contestación” nacida bajo el imperio de la CN, de las leyes nacionales o de los tratados, es sometida a los tribunales por parte interesada que reclama sus derechos en la forma prescripta por la ley.

Por otra parte, en 1985 en fallos: 307-2384, el tribunal ha señalado que *la función jurisdiccional se ejercita en las causas de carácter contencio-*

so a las que se refiere el artículo 2o. de la ley 27. Tales causas son *aquellas en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas* (doctrina en fallos: 156-318; 243-176; 256-104; 306-1125, entre otros).

Sobre la necesidad de la *existencia de una causa*, hay opinión pacífica. Para nosotros esta es la exigencia que descarta la declaración de oficio, pues actuar de oficio significa, hacerlo *motu proprio*, sin ningún requerimiento exterior que excite la función jurisdiccional, en fin, sin que exista “causa”. Pero lo que no aceptamos es que abierta la instancia judicial, promovida la acción, el juez no pueda de oficio, aún sin petición de parte, realizar un acto tan eminente e insoslayable de su función jurisdiccional, como lo es el control de constitucionalidad.

Pongamos las cosas en claro: *Sí aceptamos identificar “prohibición de actuar de oficio” con “necesidad de existencia de causa”.* *NO aceptamos identificar prohibición de actuar de oficio, “con existencia de causa más petición concreta de parte en ella”.*

La interposición de la acción que demanda la protección de un interés jurídico, poniendo en funcionamiento el órgano jurisdiccional, depende de la sola voluntad de la parte, es potestativo. Pero una vez promovido el proceso, la *jurisdicción* se manifiesta plenamente mediante sus cinco tradicionales elementos.

Tan ello es así, que el artículo 116 CN exige la existencia de una “causa”, para que los tribunales nacionales conozcan y decidan los puntos reidos por la CN, *sin ninguna otra condición* para ejercer el control de constitucionalidad. Por eso el artículo 2o. de la Ley 27, dispone que “*La justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce la jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte*”.<sup>6</sup> Esta prescripción, en nuestro entender, ha sido erróneamente interpretada por la jurisprudencia de los tribunales con la CS a la cabeza, porque de una lectura atenta, lo que significa es que la justicia nacional nunca procede de oficio y su poder jurisdiccional *exige casos contenciosos* en que es requerida a instancia de parte, es decir, en que es requerida por el planteo de las pretensiones jurídicas de las partes en un proceso, con la traba de la litis mediante la demanda y contestación. No cabe a nuestro entender otra interpretación.

6 Alsina, Hugo, *Tratado*, cit., nota 2, p. 232.

## 2. Equilibrio de los poderes y control de constitucionalidad

Estamos persuadidos que la ruptura del principio de la división y equilibrio de los poderes, se opera cuando un tribunal declara la inconstitucionalidad fuera de una causa judicial. Pero con igual firmeza sostenemos que es inaceptable dicha tesis, cuando la declaración se formula dentro de una causa, aunque no exista petición de parte y con sólo efectos *inter partes*. Si no existe el caso concreto, evidentemente que los jueces se exceden en sus funciones y se viola manifiestamente la doctrina de Montesquieu, pilar básico del sistema republicano.

Bueno es recordar a Tocqueville, cuando refiriéndose a la función judicial en la sociedad política, nos dice que “*es justo, pues, que los tribunales obedezcan a la Constitución, con preferencia a todas las leyes. Esto afecta a la esencia misma del Poder Judicial; elegir entre las disposiciones legales aquellas que le encadenen más estrechamente es, en cierta manera, el derecho natural del magistrado*”.<sup>7</sup>

Si los jueces deben aplicar el derecho válido, es decir, el dictado en consecuencia de la CN, no parece razonable que la mera ausencia del pedido de parte, pueda impedirselo so pretexto de estar quebrantando la división y equilibrio de los poderes. Con claridad meridiana, Hamilton sostenía que debía “*preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislación, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a la primera*”.<sup>8</sup>

## 3. La presunción de validez de los actos estatales

La presunción de legitimidad de un acto estatal, dice el inolvidable maestro Miguel S. Marienhoff, consiste en la suposición de que fue emitido conforme a derecho, respondiendo a todas las prescripciones legales.<sup>9</sup> Esta presunción no es *jure et de jure* sino *juris tantum*, admitiendo prueba en contrario.

7 Tocqueville, Alexis de, *La demoracia en América*, Madrid, Guadarrama, 1969, p. 69.

8 Hamilton, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 332.

9 Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966, t. II, p. 368.

Estando en juego la validez del acto estatal, atendiendo a su conformidad con las normas superiores, está en juego su propia existencia, razón por la cual, la presunción hace al aspecto ontológico del acto. Si ello es así, cabe preguntarse: ¿por qué la validez va a depender de la sola voluntad de las partes, de su petición o no, cuando el propio juez está comprobando la ilegitimidad del mismo? ¿Por qué se lo va a obligar al tribunal a dar validez y aplicar un acto jurídicamente nulo, “*dando existencia jurídica a lo no existente*”, en una aplicación absurda de lo inaplicable?

La misma CS ha reconocido que el no poder declarar de oficio la inconstitucionalidad, no altera la verdadera naturaleza del acto, que será inconsistente o nulo, a pesar de esa circunstancia, si el agente fuese incompetente para otorgarlo o resultara prohibido ese objeto por la CN o la ley (fallos: 190-156).

#### 4. *El principio iura curia novit y el control de oficio*

##### A. *La explicitación del iura novit curia*

Como premisa básica del Estado de derecho, la teoría general del proceso tiene valor de axioma en el aforismo clásico *iura novit curia*, según el cual es facultad del juzgador determinar libremente la norma de derecho, a partir de la cual su sentencia será una derivación razonada atendiendo a las pretensiones de las partes y a las pruebas aportadas.

Los dos ingredientes fundamentales de todo proceso son, de un lado, los *hechos*, es decir, la plataforma fáctica integrada por los acontecimientos susceptibles de tener efectos jurídicos, que le son aportados por las partes y a los cuales el juez se encuentra supeditado. De otro lado, está el *derecho* o sea las disposiciones normativas que desde el orden jurídico regulan los hechos, y ante el cual el juez tiene plena autonomía frente a la invocación de las partes, pues como bien dice el eminente procesalista Hugo Alsina, aun cuando las partes no lo invocaran o lo hiciesen erróneamente, al juez corresponde calificar la relación sustancial de la *litis* y determinar la norma jurídica que la rige, principio que se expresa con la fórmula *iura curia novit*.<sup>10</sup>

El principio del *iura novit curia* se apoya en la circunstancia de que el juez es el docto en el derecho, el experto en la ciencia jurídica y es por

10 Alsina, Hugo, *Tratado*, cit., nota 2, p. 246.

ello que el Código Civil lo hace inexcusable de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (artículo 15), y le establece las formas jurídicas posibles de resolver las cuestiones desde el ángulo del derecho (artículo 16). Ya desde el derecho romano, nos llega el aforismo “*narra mihi factum, dabo tibi jus*”, que significa básicamente poner en boca del magistrado su exhortación al litigante, en el sentido de: *nárrame los hechos, que yo te daré el derecho*.

### B. El principio según la jurisprudencia

Los tribunales han resuelto con la CS a la cabeza que de acuerdo a la regla del *iura novit curia*, los jueces tienen el deber de dirimir los conflictos litigiosos según el derecho vigente aplicable a cada caso, calificando autónomamente la realidad fáctica, subsumiéndola en las normas jurídicas que las rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes (CS fallos, 249:581; 253:446; 254:38; 261:193; 263:32; 283-137; 288-292; 296-42; 300-1074; 302-1393; 310-1536 y 2733; 313-924; 317-167; 322-2525, entre muchos), “cuyo ejercicio no comporta agravio constitucional” (fallos: 312-195).

No obstante, es preciso tener presente los límites que la aplicación de este principio debe respetar. En efecto, el Alto Tribunal ha sostenido que el ejercicio de esta potestad judicial, “no puede alterar las bases fácticas del litigio o la *causa petendi*” (fallos 313-915; 322-2525), “que con mengua en la defensa en juicio, signifique un apartamiento de las pretensiones enunciadas al trabarse el diferendo, incorporando temas no introducidos por las partes en el pleito (fallos: 310-2709).

### C. Nuestras reflexiones en el tema

Si los jueces son autónomos en este aspecto, deben aplicar sólo el derecho válido, es decir, el derecho dictado en consecuencia con la CN y no pueden ser determinados por el derecho invocado por las partes, pues en caso contrario la supremacía no sería de orden público. Los jueces se convertirían en meros aplicadores de un sistema jurídico parcializado por el interés de las partes, que así podrán poner los límites que deseen a la excelsa tarea de hacer justicia.

Esa justicia se logrará, mediante la aplicación de un orden jurídico unitario y jerárquico de las competencias y normas que lo integran. De no ser así, el magistrado no juzgará según la CN y la ley, sino de acuerdo a determinadas normas a las que las partes lo han compelido impotentemente. Entonces, el PJ más que guardián de la CN, se convertirá en custodio de apetencias privadas de dudosa legitimidad y los jueces declinarán sus plenas potestades jurisdiccionales.

En caso contrario, llegaremos a situaciones absurdas, pues podrá darse el caso que frente a un pedido de parte, la CSJN o cualquier tribunal, declare inconstitucional una norma, y por ende no la aplicará en una causa, mientras que en otra en que no existió la petición de parte, la aplicará como válida, contradiciendo manifiestamente su jurisprudencia y ocasionando un escándalo jurídico incomprensible.

Los jueces de la Constitución, deben aplicar el derecho no de cualquier forma, sino constitucionalmente, o sea, respetando firmemente el principio de la supremacía constitucional que rige el orden jurídico según los artículos 31 y 75 inciso 22 CN. De allí que el artículo 21 de la Ley 48 prescriba que *“los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones, procederán aplicando la CN como Ley Suprema de la Nación, las leyes que sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido”*.

Viene muy al caso recordar que la CSJN sostiene que

...es elemental en nuestra 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 se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la CN, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella; constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial de la Nación y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos (fallos: 32:162).

## 5. El control de oficio y la defensa en juicio

Otra de las objeciones de entidad en contra del control de oficio de constitucionalidad, es la que señala que dicho control vulnera el “debido proceso” que implica todo juicio y su sentencia, pues al introducir el tribunal la cuestión de inconstitucionalidad recién en la sentencia, se viola la defensa en juicio, a poco que se repare que las partes quedarán afectadas por una resolución sobre un aspecto que no fue planteado ni debatido por las partes y, en consecuencia, no integra la *litis*. En tal caso se estará fallando *extra-petita* y la sentencia sería arbitraria.

No compartimos tal posición, dado que la declaración de inconstitucionalidad es una cuestión de puro derecho y, como tal, sujeta al analizado principio *iura novit curia*. Acertadamente, el agudo procesalista Tomás Jofré señala que la regla general que prohíbe proceder de oficio, es aplicable solamente a los hechos, pues los jueces aplican el derecho aunque las partes no lo invoquen *iura novit curia*.<sup>11</sup>

Nos parece contradictorio que se afirme que este principio procesal afecta la defensa en juicio, en el caso de aplicarse por el tribunal decidiendo una declaración de inconstitucionalidad de oficio al momento de dictar su sentencia, y en cambio, tal defensa en juicio no se la afecte cuando por el *iura novit curia*, el tribunal aplica para la justa solución del caso, normas jurídicas no invocadas por las partes. Si somos lógicos y congruentes, debemos aceptar que en ambos casos, o afecta o no afecta la defensa en juicio, originando o no, una sentencia arbitraria.

La garantía de la defensa en juicio supone un debido proceso judicial, en el cual cada una de las partes pueda aportar todas las pruebas que conciernen a sus derechos; y magistrados imparciales, apoyados en lo que disponen las leyes que estiman aplicable al caso, decidan la controversia sometida a su juzgamiento.<sup>12</sup>

No obstante lo señalado, y más allá de los *recursos* que las leyes procesales otorgan respecto de las sentencias y finalmente del recurso extraordinario en su caso ante la CS, que tienden a asegurar adecuadamente la defensa en juicio, somos de opinión que no existiría objeción alguna y sería plenamente satisfactorio a la protección de la garantía invocada, que

11 Jofré, Tomás, *Manual de procedimientos*, Buenos Aires, La Ley, 1941, t. 1, p. 191.

12 Cámara Nacional Civ., Sala A, 25-4-68, ED 24-326.

el tribunal como *medida para mejor proveer*, ordenase un *traslado a las partes* antes de pronunciarse sobre la cuestión.

## VII. LA DECLARACIÓN DE OFICIO EN EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

### 1. *Introducción*

Es indudable que el constitucionalismo provincial, históricamente, ha marchado a la cabeza de numerosos institutos constitucionales, tanto en lo que se refiere a los derechos, deberes y garantías constitucionales, como al diseño de poder para los organismos gubernamentales. Eso es, precisamente, lo que ha ocurrido con el tema que nos ocupa en las presentes reflexiones.

Este proceso de avanzada en el derecho público provincial respecto del federal, se ha notado más evidentemente con el último proceso constituyente reformador —ya sea total o parcial—, que diez y ocho provincias de las veintitrés que componen el Estado federal llevaron a cabo, entre los años 1986 y 1998.

### 2. *Las Constituciones provinciales que aceptan el control de oficio*

En varias de esas constituciones reformadas ha sido receptado el control de oficio de inconstitucionalidad. Si bien solamente referida a la inconstitucionalidad de oficio de una reforma constitucional, pionera en el tema fue la Constitución de Catamarca que en su artículo 290 dispone que “Cualquier enmienda o reforma constitucional realizada en violación de una o más de las disposiciones precedentes, serán absolutamente nulas y así podrá ser declarado por la Corte de Justicia, aún de oficio”, *sistema “concentrado”* en cuanto al tribunal y la materia, ya que sólo está prevista en cuanto al ejercicio del poder constituyente derivado.

La de San Juan, que en su artículo 11 prescribe que “Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la Ley Suprema de la Nación o a esta Constitución, carecen de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio, aun cuando no hubiere sido requerido por parte, previo conocimiento a las mismas...”, es decir, un *sistema “difuso”* en cuanto al tribunal y a la materia, pues es atribución de cualquier magistrado

del Poder Judicial y respecto de cualquier norma jurídica, cualquiera que sea su rango.

En igual sentido y con similares redacciones a éste último, tenemos las siguientes disposiciones constitucionales: a) La Rioja: en sus artículos 9o. y 132; b) San Luis: en sus artículos 10 y 210; c) Río Negro: en su artículo 196; d) Tierra del Fuego: en su artículo 154, inciso 3; e) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: en sus artículos 14 y 15 *in fine*, refiriéndose a la acción de amparo y al hábeas corpus, respectivamente, autoriza a los jueces a declarar *de oficio* la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva.

Las precedentes prescripciones son una muestra, por demás contundente, del novedoso pero firme proceso progresivo de aceptación en el derecho público provincial del control de oficio de constitucionalidad.

### 3. *Las constituciones provinciales que niegan el control de oficio*

En sentido contrario o sin pronunciamiento expreso, según los casos, se pueden señalar las siguientes Constituciones: a) Buenos Aires: artículos 20, inciso 2 y 161, inciso 1o.; b) Córdoba: artículo 165, incisos 1 y 2; c) Corrientes: artículo 145, inciso 1; d) Chaco: artículo 9o.; e) Chubut: artículos 10 y 179, inciso 1.1; f) Formosa: artículo 167, inciso 2; g) Jujuy: artículos 15 y 148; h) La Pampa: artículos 7 y 97, inciso 1; i) Neuquén: artículos 30 y 172; j) Santiago del Estero: artículo 194, incisos 1.2. y 2.1.; k) Salta: artículo 153, II. a) y III a); l) Santa Cruz: artículos 17 y 132, inciso 3; m) Santa Fe: artículo 93, inciso 1; n) Tucumán: artículos 22, 106 y 134, inciso 1.<sup>13</sup>

### 4. *Tres pronunciamientos sobre el control de oficio provincial*

Sólo queremos poner de resalto un fallo del Tribunal Superior de Neuquén, y dos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que entendemos de suma trascendencia.

En los autos “*Valenzuela Roberto c/ Cía. Naviera Pérez Compac*”, el Tribunal Superior de Neuquén con fecha 17 de marzo de 1995 (LL 1997-D-530), sostuvo que *si bien los jueces no pueden declarar la inconstitu-*

<sup>13</sup> En este tópico puede consultarse a Pedro J. Frías, *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, 1980, p. 149 y Ricardo Vergara, *Las nuevas Constituciones provinciales*, en colaboración, Depalma, 1989, p. 166.

*cionalidad de leyes en abstracto, fuera de una causa concreta, de esa premisa no puede deducirse que deba exigirse la petición de parte, 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, incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución. Es por ello que puede ejercerse de oficio el control de constitucionalidad, pues todo juez al fallar debe aplicar antes que cualquiera otra norma la Constitución Nacional, porque así lo establece el artículo 31 de la carta magna y, por otra parte, el ejercicio de oficio del control de constitucionalidad no afecta la división de los poderes, pues los jueces no la derogan, sino que se limitan a no aplicarla, a pesar de que sigue plenamente vigente.*

Por su parte, el Alto Tribunal se ha pronunciado ante dos situaciones novedosas y diversas, como lo son la declaración de oficio por parte de tribunales provinciales, *según se trate: a) de una norma nacional; b) de una norma local.*

En el primer caso, la CS sostuvo su tradicional doctrina negativa por haberse aplicado el control a una disposición de una ley nacional.

Empero, en el segundo caso y por respeto al principio de la autonomía provincial, la CS sostuvo que no era competente para pronunciarse sobre la declaración de oficio con base en una disposición constitucional de la provincia y sobre una norma local. Veamos ambos casos:

En la causa “*Rossi, Román c/ Norcos, S. R. L.*”, en la sentencia del 1o. de julio de 1982 (fallos: 304-967), afirmó citando fallos: 251.279 y 291-499, que corresponde revocar el fallo de un tribunal de provincia (Tribunal de trabajo de la presidencia de buenos aires) que declaró de oficio la inconstitucionalidad del artículo 276 de la Ley de Contrato de Trabajo No. 21.297 (t. o.), en contraposición a la jurisprudencia de la Corte que descarta esa posibilidad respecto a las leyes nacionales, lo cual suscita cuestión federal bastante, a los fines de la revisión en instancia extraordinaria.

En el segundo caso, de eventuales perfiles conflictivos, tenemos la sentencia que la CS dictó el 13 de septiembre de 1988, en los autos “*Fernández Valdez, Manuel G. s/ contencioso-administrativo de plena jurisdicción contra el Decreto 1376 del Poder Ejecutivo provincial* (fallos: 311-1855). En efecto, el tribunal allí sostuvo que lo relativo a las facultades de los tribunales provinciales, al alcance de su jurisdicción y a la forma en que ejercen su ministerio, reglado por las constituciones y leyes locales, no es materia revisable en la instancia extraordinaria, en razón del

respeto debido a la atribución de los estados provinciales de darse sus propias instituciones y regirse por ellas.

No incurre en arbitrariedad la sentencia que declaró de oficio la inconstitucionalidad de una ley, en tanto los artículos 9o. y 132 de la Constitución de La Rioja, imponen a los jueces la obligación de pronunciarse a requerimiento de parte o de oficio sobre la inconstitucionalidad de las normas contrarias a la Carta fundamental de la provincia. En consecuencia, la CS desestimó la queja.

Este fallo, indudablemente, presenta fundamentos contradictorios pero alentadores respecto a los hasta aquí expuestos por el Alto Tribunal:

- a) Por un lado, la CS acepta que en el orden provincial y en ejercicio de la autonomía institucional y en el caso, procesal judicial, *las normas constitucionales pueden establecer la atribución de los tribunales de declarar de oficio la inconstitucionalidad provincial de una norma del ordenamiento jurídico local.*
- b) De ello se deduce, sin duda alguna, que el control de constitucionalidad de oficio prescripto por el derecho público provincial, *no afecta ninguna garantía ni principio constitucional federal.*
- c) Finalmente, la CS ha aceptado de esta forma un *sistema dual* en el control de constitucionalidad, a poco que se repare que el control de oficio es aceptado en el constitucionalismo provincial, pero se lo rechaza en el constitucionalismo nacional, en el que se mantiene férreamente la necesidad de la petición de parte en una causa judicial.
- d) Cabe, entonces, preguntarse y dudar seriamente: ¿Cuál es la entidad, la importancia institucional y la consistencia jurídica que tienen los fundamentos negatorios del control de oficio en el orden judicial federal que expusimos y analizamos supra, si esos mismos fundamentos tienen andamio y aceptación por la CS para el orden judicial provincial? Creemos que este último es el buen sendero a caminar.

## VIII. UNA REFLEXIÓN NECESARIAMENTE MORIGERADORA

Luego de haber expuesto en forma reseñada, las diversas reflexiones que nos suscita tan apasionante tema, quisiéramos precisar lo más explícitamente posible y a fin de evitar erróneas interpretaciones de nuestra

posición, algunos criterios que en nuestro entender, debe encuadrar la procedencia del control de oficio de constitucionalidad en causa judicial.

No obstante nuestro decidido apoyo a tal tesitura, creemos oportuno recordar el inveterado principio de la doctrina judicial de la CSJN, en el sentido que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, es un *acto de suma gravedad institucional* que debe ser considerado como *última ratio* del orden jurídico, a la que sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la CN, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía. fallos: 249:51; fallos: 312-1437, in re “Disco S.A.” del 29 de agosto de 1989; fallos: 312-2315, in re “Mitivie” del 23 de noviembre de 1989.

A la luz de esta trascendental perspectiva axiológica, con la misma convicción que adherimos al control de oficio, afirmamos que no se puede tomar con liviandad ni como regla común o general, sino muy por el contrario, como una atribución verdaderamente excepcional que los magistrados deben ejercer con el mayor recato, sobriedad y prudencia, y solamente en los casos en los que la repugnancia de la norma jurídica con la CN, aparezca como grave, manifiesta, grosera e indispensable para juzgar conforme a derecho, de forma tal que su no declaración importe un ostensible agravio a la supremacía constitucional y al poder constituyente del que emanó, por parte de las normas jurídicas infraconstitucionales emanadas de los poderes constituídos.

## IX. EPÍLOGO

Por la profunda impresión que como magistrado me produjeron desde que las leí por primera vez, no me resisto a concluir este nuevo estudio sin reiterar las profundas y significativas reflexiones que expusiera el eminente procesalista uruguayo Eduardo Couture sobre la augusta misión de los jueces en un Estado constitucional de derecho:

“El instante supremo del derecho no es el día de las promesas más o menos solemnes consignadas en los textos constitucionales o legales. El instante realmente dramático, es aquel en que el juez, modesto o encumbrado, ignorante o excelso, profiere su solemne afirmación implícita en la sentencia: “Esta es la Justicia que para este caso, está anunciada en el Preámbulo de la Constitución”. No puede concebirse un juez que diga sin

temblor esas palabras. Detrás de ellas están no sólo la ley y la Constitución, sino la historia misma con el penoso proceso formativo de la libertad. Detrás de ellas hay guerras y luchas internas, crisis colectivas y grandes exaltaciones de pueblos. Como consecuencia de esas crisis y de esas luchas, es que se redactó la Constitución y se juró solemnemente. Y esa Constitución sigue siendo tal, en tanto asegure su vigencia en fallos de jueces libres, austeros y responsables, sin distinción de causas grandes o pequeñas, oscuras o brillantes. Si la sentencia no ha sido empañada por el miedo, por el interés o por el odio, ella constituye la declaración de la vigencia de la Constitución a lo largo del tiempo, en su prueba de cada día. Porque la Constitución vive en tanto se aplica por los jueces. Cuando ellos desfallecen, ya no existe más”.