

LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO EN LOS SISTEMAS DIFUSOS

Por PATRICIO ALEJANDRO MARANIELLO¹

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.—1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.—2. DIFERENTES CORRIENTES DOCTRINARIAS: A) Corriente negatoria. B) Corriente admisoras. C) Mi posición: a) *La presunción y legitimidad de las leyes*. b) *La defensa en juicio*. c) *Principio de congruencia*. d) *La división de poderes*.—3. LOS DIFERENTES SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: A) EEUU. B) América Latina. C) Europa.—4. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL ÁMBITO ARGENTINO: A) Periodo de necesidad justificadora. B) Periodo de negatorio con excepciones. C) Periodo permisivo minoritario. D) Periodo permisivo mayoritario: a) *Caso «Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl y Pisarelo Angel c/Estado de la Provincia de Corriente s/demanda contencioso administrativa»*. b) *«Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra» del 19 de agosto de 2004*. E) Periodo permisivo con limitaciones: a) *Fallo de la CSJN en los autos: «Astorga Bracht, Sergio y otro c/CONFER dto. 310/98 s/amparo ley 16986», del 14 de octubre de 2004*. b) *CSJN in re: «GOMEZ, Carlos Alberto c/Argencard S. A y otro s ordinario» del 27 de diciembre de 2006*. c) *Caso: «Stangio, Domingo c/Cattorini Hnos. SACIF s/Accidente» del 12/05/09*.—5. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO: A) El principio de congruencia interno. B) El principio de congruencia externo. C) El principio de congruencia de primero y de segundo grado.—6. EL ORDEN PUBLICO CONSTITUCIONAL.—7. LA MÁXIMA «IURA NOVIT CURIA».—8. LOS ASPECTOS BENEFICIOSOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO EN LOS SISTEMAS DIFUSOS.—9. LA HIBRIDIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. 10. A MODO DE CONCLUSIÓN.

¹ Profesor de grado y posgrado de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Doctorado de la Universidad del Salvador. Profesor Titular (Catedrático) de la Universidad de Concepción del Uruguay. Profesor de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura Nacional y de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial Nacional. Profesor Distinguido de la Universidad de San Marcos (Perú). Miembro titular de la Asociación de Derecho Constitucional Argentina. Miembro titular de la Sección de Derecho Constitucional del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

RESUMEN

En el presente trabajo el autor examina la declaración de inconstitucionalidad de oficio, focaliza los aportes que a su respecto ofrece el derecho comparado, especialmente el Norteamericano desde el resonante caso «Marbury vs. Madison». Realiza un análisis pormenorizado de la jurisprudencia y doctrina en el ámbito argentino donde deriva el orden público constitucional y la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda —*iura novit curia*—. Finalmente pondera la especial incidencia o utilidad de la declaración de oficio en los sistemas de control de constitucionalidad difusos.

Palabras clave: Declaración de inconstitucionalidad *ex officio*. Sistemas difusos y concentrados. Jurisprudencia de la Corte Estadounidense y Argentina. *Iura novit curia* y el orden público constitucional.

ABSTRACT

This article examines the *sua sponte* declaration of unconstitutionality, focusing on the insights gained from comparative law, especially with reference to the renowned Marbury vs Madison case in the United States. It gives a detailed analysis of the jurisprudence and doctrine in Argentina from which the constitutional public order has derived, and the links between the judge and the legal classification of the proceedings as *iura novit curia*. Finally, it looks at the special incidence and utility of the *sua sponte* declaration in diffuse systems of constitutional guarantees.

Key words: Sua sponte declaration of unconstitutionality. Diffuse and concentrated systems. Jurisprudence of the United States and Argentina. *Iura novit curia* and the public constitutional order.

INTRODUCCIÓN

En el control de constitucionalidad uno de los temas más controvertidos es, sin duda, la incorporación de la declaración de inconstitucional de oficio. Si bien se puede situar su nacimiento en el año 1803 con el fallo de la Corte Suprema de EEUU «*Marbury vs. Madison*» su definitiva aceptación, en el caso Argentino, lo fue luego de casi 200 años.

Conocemos a la declaración de inconstitucionalidad de oficio como aquel instituto que permite a los jueces realizar el análisis constitucional de todas las normas involucradas en un proceso sin que haya petición de parte.

Este instituto constitucional ha tenido a lo largo del tiempo muchas controversias que se han desarrollado sobre la base de considerar, en los jueces, facultades que no ostentan o por lo menos que no le son propias, ya que dicha potestad pertenece a las partes.

Pero luego de su incorporación en la jurisprudencia, en la normativa e incluso en la constitución ha adquirido el estatus de garantía constitucio-

nal explícita, siendo por lo tanto el juez quien velará por el respeto de la constitución, haya o no petición de parte. Ello así, debemos establecer cuáles son las ventajas o desventajas del control de constitucionalidad de oficio en los sistemas difusos y sus respectivos límites.

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

La declaración de inconstitucionalidad de oficio debe entenderse como la obligación, no facultativa, de todo juez del Poder Judicial, sea este nacional o provincial, de analizar dentro de una causa determinada si las normas allí planteadas en forma implícita o explícita se ajustan a los parámetros axiológicos de la Constitución Nacional, si está dentro de la órbita del Poder Judicial Federal. Debe agregarse a la constitución provincial en el caso de que sea una actuación del Poder Judicial Provincial y no debemos olvidar la Constitución de la Ciudad autónoma de Buenos Aires en el marco de una causa en esa ciudad².

Las características más significativas de este instituto son:

- 1) En cuanto a sus efectos: Siempre son inter partes, nunca pueden ser *erga omnes* pues se estaría alterando de ese modo una facultad republicana y exclusiva del Poder Legislativo quien es el único poder encargado de dictar normas jurídicas con alcance general. Con la sola excepción de las sentencias en los amparos colectivos, atento su incidencia colectiva.
- 2) En cuanto a sus límites: La declaración oficiosa de inconstitucionalidad 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, solo sujeta el derecho implícito o explícito aplicable a su concordancia con la Ley Fundamental
- 3) En cuanto al rol de los jueces: Todo ello sin olvidar que el control de constitucionalidad no es una concesión donosa conferida a los jueces sino un deber que sobre ellos se ciñe.
- 4) En cuanto a sus requisitos: La declaración de inconstitucionalidad está sujeta a requisitos y circunstancias que no se vuelven más rigurosas en el caso de que se actúe de oficio. Para declarar inconstitucional una norma de oficio deben estar presentes los requisitos y caracteres clásicos de nuestro sistema de control de constitucionalidad, pues la Corte Suprema ha reiterado en numerosas oportunidades que la declaración de inconstitucionalidad es la «última

² Patricio A. MARANIELLO: *Declaración de inconstitucionalidad de oficio*, ed. El Jurista. Año 2008

ratio» del orden jurídico. De manera que los recaudos deben extremarse tanto como si hubiera sido pedida por una de las partes.

2. DIFERENTES CORRIENTES DOCTRINARIAS

Existen dos tipos de corrientes doctrinarias: 1) la negatoria, que deniega la potestad a los jueces de declarar la inconstitucionalidad en una causa concreta sin petición de parte y por otro lado 2) la admisora, donde no solo se establece la aplicación de este instituto sino que esta resulta de utilización obligatoria en casos en que la inconstitucionalidad sea palmaria.

A) Corriente negatoria

Uno de los juristas más representativos de esta corriente es Joaquín V. González³. Este autor se ubica en la postura de la autorrestricción en cuanto al control de oficio, sosteniendo que deriva del principio de separación de poderes la regla de que toda ley debe ser considerada válida y constitucional, mientras no resuelva lo contrario el tribunal judicial competente. Asimismo la inconstitucionalidad debe ser planteada a instancia de parte, «cuando las leyes hayan podido causar algún perjuicio al derecho de alguno, y este reclama de las leyes y para su defensa alega la inconstitucionalidad de la ley». Encuentra fundamento del poder de la Corte para intervenir, en estos supuestos, en que procede aplicando la Constitución y leyes nacionales a los casos contenciosos con prescindencia de toda disposición de los demás poderes que se hallen en oposición con ella. «Fuera de estos casos, los jueces no pueden detener la ejecución de una ley, aunque les parezca inconveniente, injusta u opresora» (...) El pueblo tiene, (...) para contener o refrenar los abusos del Poder Legislativo, el medio de las elecciones periódicas para renovar hombres y las ideas dominantes».

Otros de los argumentos de esta corriente se ubican en el art. 2 de la ley 27 promulgada el 16/10/1862, donde establece que «...nunca procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte...».

Aquí, a mi parecer, lo que se quiso limitar es la actuación del juez dentro de una causa, es decir, la jurisdicción —esta facultad decisoria y compulsiva que ostentan los justiciables— comienza y termina en la causa, dentro de ella todo fuera de ella nada. Es por dicho motivo que la declaración de inconstitucionalidad de oficio no puede ir más allá de la controversia entre el actor y el demandado —por más que haya muchos o

³ V. Joaquín GONZÁLEZ: *Manual de la Constitución Argentina*, comentada por Quiroga Lavie, La Ley, Buenos Aires, 1999.

pocos de un lado y del otro—, con una ligación fáctica y jurídica inquebrantable.

Esto es muy diferente a decir que no procede la inconstitucionalidad de oficio porque no hubo petición de parte, sino por el contrario si alguna de las partes omite el pedido de inconstitucionalidad o la declaración sirve para esclarecer la búsqueda de la verdad jurídica objeto del litigio, la inconstitucionalidad de oficio siempre procede, aunque las partes no lo hayan peticionado, porque su análisis es de orden público.

B) Corriente admisorora

El emérito profesor Germán Bidart Campos, uno de los principales precursores de la corriente admisorora, señala que el origen del control a cargo del Poder Judicial, se da bajo lo que denomina «mutación constitucional por adición», como una creación no expresa y surgida, por supuesto en Estados Unidos, al margen del texto constitucional. Se pronuncia a favor del control de oficio afirmando que el concepto de causa o caso, debe ser entendido ampliamente, (saliendo de la orientación jurisprudencial que marca la generalidad de la doctrina). Su opinión supone una extensión del concepto de causa, y admite en ese contexto la declaración de inconstitucionalidad cuando un particular invoca el defecto, aunque la ley no le haya sido aplicada concretamente.

Y agrega «entendiendo por procedimiento de oficio el que se abre fuera de una causa sometida a consideración judicial, pero no la declaración de oficio en un caso concreto planteado judicialmente. No aceptamos que se niegue la posibilidad de hacer valer la inconstitucionalidad contra leyes o actos de carácter general por quien se considera afectado en un derecho o interés legítimo de índole constitucional, aunque la ley o el acto no hayan sido aplicados concretamente, siempre que sean inmediatamente operatorios e incluyan automáticamente en sus disposiciones a quien alega aquel derecho o interés.»

C) Mi posición

No tengo duda de inclinarme por la tesis permisiva y amplia, a la que me remito en honor a brevedad, con la salvedad de que los jueces pueden hacer aquella declaración, sin petición de parte, tan solo en aquellos casos en que la inconstitucionalidad de la norma sea palmaria, de una gravedad significativa y no vulnere el principio de congruencia.

Es decir, la declaración de inconstitucionalidad de oficio de una norma, tendría que efectuarse en casos concretos y en forma excepcional, al ser la declaración de inconstitucionalidad una decisión de suma gravedad

institucional al estar invalidando la facultad de otros poderes del estado (Poder Legislativo y/o Poder Ejecutivo), debiéndose exigir como presupuesto fundamental que la invalidez de la norma que se pretende declarar inconstitucional sea manifiesta, patente y, evidente.

En cuanto a los puntos que fueran dados por la corriente —doctrinaria y jurisprudencial— negatoria creo conveniente para una mayor estructura de la presente temática, dar respuesta pormenorizada a cada uno de ellos: 1) La presunción y legitimidad de las leyes, 2) La defensa en juicio, 3) Principio de congruencia y 4) División de poderes.

a) *La presunción y legitimidad de las leyes*

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.

b) *La defensa en juicio*

Ni, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese 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, actual jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación⁴.

c) *Principio de congruencia*

Este principio tiene una relación muy cercana con la inconstitucionalidad de oficio, atento que el principio de congruencia, en principio, prohíbe que el juez vaya más allá de lo requerido por las partes en el proceso y como justamente la inconstitucional de oficio es efectuada sin que las partes lo haya petitionado, resulta de vital importancia este principio.

Al respecto debo decir que este es, según la última jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia —que veremos más adelante— el único escollo que encontramos a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, atento que la potestad de todo juez comienza y finaliza con los hechos de la causa, y el juez tan solo puede analizar la constitucionalidad de sus

⁴ Opinión de los Dres. Fayt y Belluscio en el fallo del 24 de abril de 1984, publicados en Fallos 306.303.

normas allí involucradas si y solo si, es un elemento insalvable para la decisión de la causa.

Afecta este principio, el razonamiento que traduce una desviada consideración de las alegaciones formuladas partes en el proceso y de las normas aplicables al caso⁵.

d) *División de poderes*

Por supuesto que en este punto no vemos ningún escollo, todo lo contrario, si consideramos que la función obligatoria de todo juez, según lo establecido por el art. 116 de la Ley Suprema Argentina, es el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución Nacional.

Es por ello, que no solo no altera la división de poderes, sino por el contrario lo robustece, toda vez que dentro de la división de poderes una de la competencia más importante de la justicia es examinar los puntos regidos por la Constitución Nacional, haya o no petición de partes.

3. LOS DIFERENTES SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

A) EEUU

EEUU fue el primero en emplear el control de constitucionalidad difuso, desde el resonante caso «Marbury vs. Madison» y del mismo modo ha ocurrido con la declaración de oficio.

En febrero de 1803, la Corte Suprema Norteamericana es llamada a decidir sobre una cuestión compleja y delicada. En el último día de su mandato, el presidente John Adams, del partido federalista, nombró 42 jueces de paz en el Distrito de Columbia, llamados *midnight appointments* (cargos de medianoche). El objetivo de estos rápidos nombramientos era establecer jueces que le fueran fieles a las ideas políticas del presidente y del partido. El Secretario de Estado John Marshall no logró hacer efectivos todos los decretos de nombramiento de todos los neo-jueces, por lo cual los decretos restantes permanecieron sobre el escritorio del nuevo Secretario de Estado, James Madison, quien no los transmitió y ni los efectivizó, de acuerdo a la orden del nuevo presidente Thomas Jefferson, republicano. Luego de unos meses cuatro de los jueces, entre los cuales se encontraba William Marbury, a quienes se les había negado el pendiente nombramiento, y de acuerdo con lo dispuesto por la sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 la Corte Suprema podía dictar órdenes a la administra-

⁵ Fallo 319: 227 (Disidencia del Dr. Eduardo Moliné O'Connor).

ción. Con citas de dicha normativa, se presentaron ante ella para pedir al Secretario de Estado Madison realizar los nombramientos pendientes. La cuestión era sumamente delicada, no sólo porque el *Chief Justice* de la Corte Suprema era por aquel momento el ex Secretario de Estado John Marshall, sino que también porque cualquiera de las posibles soluciones, hubieran dañado el prestigio de la Corte Suprema. Si la petición era rechazada, habría prevalecido la tesis republicana que negaba todo poder de la Corte sobre la administración presidencial; si, por el contrario, la petición era acogida, la instrucción ordenada a Madison de realizar los nombramientos no habría surtido efecto alguno, pues el Secretario de Estado del momento ya había hecho notar que no habría obedecido.

La solución escogida por el juez Marshall fue realmente brillante. Luego de haber argüido que los nombramientos eran totalmente válidos, censurando así la omisión de la administración Jefferson, explico que la Corte Suprema no podía involucrarse sobre la temática en cuestión. No tenía la competencia en cuanto la sección 13 de la *Judiciary Act* 1789 (que habilitaba a la Corte Suprema de Justicia a dictar órdenes a la administración) contradecía el artículo III de la Constitución, según el cual la Corte puede dictar ordenanzas y ejercer la jurisdicción solamente en segunda instancia, como juez de apelación. De tal manera, la Corte Suprema, negándose a sí misma una competencia menor, como aquella de impartir órdenes a la administración, se atribuía un poder aún mayor: el control de constitucionalidad de las leyes. Así nació el control de la justicia sobre la conformidad y adecuación de las leyes a la Constitución.

Las conclusiones de la sentencia sobre el punto son totalmente limpias y convincentes y merecen incluir hoy, ser recordadas; o la Constitución controla cada acto del poder legislativo contrario a ella o bien el poder legislativo puede alterar, según su propia discreción, la Constitución con una ley ordinaria. Entre esas alternativas no existe un camino medio. La Constitución o es la ley superior y suprema, no alterable mediante procedimientos ordinarios; o está al mismo nivel de los actos legislativo ordinarios y, como tal, es alterable según la voluntad del poder legislativo. Si la primera hipótesis es verdadera, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la segunda es verdadera, entonces las constituciones tienen el mismo valor que una ley ordinaria.

B) América Latina

En América Latina el sistema en que se ejercita el control de constitucionalidad es muy variado. En su gran mayoría los países han adoptado un sistema mixto de control difuso y de control concentrado, ya sea en una Corte Suprema de Justicia, v.g. como en Venezuela, Brasil, México, El

Salvador; o en un Tribunal Constitucional en el ámbito del Poder Judicial, como en los casos v.g. Colombia, Guatemala, Bolivia y Ecuador, o fuera de él como Perú y Chile⁶,

Por otro lado, tenemos a Uruguay, Paraguay, Costa Rica, Honduras, Panamá y Chile (si bien con cierta particularidad), con exclusivo control concentrado; y finalmente, sólo Argentina con exclusivo control difuso de constitucionalidad⁷.

C) Europa

En Europa —seguido por algunos países de Asia y África— existen tribunales Constitucionales. Comienza en realidad el 29 de febrero de 1920 en Checoslovaquia y con el Alto Tribunal Constitucional de Austria del 01 de octubre de 1920, de la pluma inspiradora de Kelsen. La España republicana se sumó a este movimiento al crear, en virtud de la Constitución de 1931 un Tribunal de Garantías constitucionales que duro hasta la llegada de Franco. Después de la segunda guerra mundial en 1948 en Italia y en 1949 en Alemania se crearon los Tribunales Constitucionales.

Mas tarde en 1961 y en 1963 en Turquía y Yugoslavia respectivamente, se crearon Tribunales Constitucionales. También puede situarse en este movimiento la creación del Consejo Constitucional Francés de 1959.

La tercera oleada se manifestó en la década del 70 con las instituciones de los Tribunales Constitucionales Portugués de 1976 —revisada en 1982— y el Tribunal especial superior de Grecia del año 1975. Este movimiento se prolongo a Bélgica con el Tribunal de Arbitraje de 1983.

4. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL ÁMBITO ARGENTINO⁸

En el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte pueden señalarse cuatro períodos en torno al ejercicio del control de constitucionalidad:

1. Período de necesidad justificatoria: Desde la instalación del tribunal —1863— hasta 1941. Casos del periodo «Vicente Casares (1872)» y «Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Elortondo (1888)».
2. Período negatorio con excepciones: Periodo negatorio que va desde 1941 hasta 1984. Caso: «*Ganadera Los Lagos SA*». Excepciones dadas en los casos en que se cuestiona la independencia judicial y la autonomía del Poder Judicial («*Partido Provincial Unión Santiagueña*»).

⁶ Ricardo HARO: *El control de constitucionalidad*. Zabalia. Año 2003.

⁷ Ricardo HARO, *ob. cit.*

⁸ Patricio MARANIELLO, *ob. cit.*

3. Período permisivo minoritario: Desde 1984 hasta 2001. Voto de los doctores Fayt y Belluscio en la causa «*Inhibitoria planteada por el juzgado de instrucción militar N.º 50*» y «*Peyrú; Osvaldo J. s/ apelación*».
4. Período permisivo mayoritario: Desde 2001 en adelante. Caso «*Mill de Pereyra*» y «*Banco Comercial de Finanzas*» —19/08/04—.
5. Período permisivo con limitaciones: Desde el caso «*Astorga Bracht*» 14/10/04, «*Gómez*» y «*Strangio*».

A) Período de necesidad justificadora (Desde la instalación del Tribunal hasta 1941)

Desde la instalación, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 15 de enero de 1863⁹ hasta 1941 no hubo regla explícita sobre la necesidad de la «petición de parte» para el ejercicio del control. Podemos decir que fue un período en el cual el Poder Judicial necesitaba equilibrar sus fuerzas con el resto de los poderes del estado y muchas veces quiso justificar su accionar por encima de lo peticionado por las partes.

Dentro de éste período encontramos fallos en los que la Corte había ejercido el control de oficio o bien había establecido el ejercicio del control como una obligación de los jueces.

En primer lugar cabe recordar que en el año 1871 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «*Caffarena c/ Banco Argentino de Rosario*»¹⁰, admitió 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 «*Vicente Casares e Hijos c/ Sivori y Schiaffino*»¹¹, en el cual confirmó un fallo del juez de sección Manuel de Zavaleta, donde, sin requerimiento de parte, había ejercido el control de constitucionalidad.

Más tarde, en el caso «*Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. del Elortondo*»¹², 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 una interpretación distinta de la sostenida por la Municipalidad expropiante.

Finalmente 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.

⁹ En el mes de septiembre de ese año se comenzó a editar la colección de los fallos de la corte.

¹⁰ Fallos: 10: 427 —1871—.

¹¹ Fallos: 11: 257.

¹² Fallos: 33: 162.

B) Periodo negatorio con excepciones (Desde 1941 a 1984. Caso: «*Ganadera Los Lagos SA*»)

En el segundo período, a lo largo de cuatro décadas (1941 y 1984), 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 «*Ganadera Los Lagos*»¹³, del año 1941. Allí la Corte Suprema expresó: «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 algunos de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y a las garantías de la Constitución Nacional.

Como lo ha dicho Cooley es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados. Sólo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima. Sin este freno al equilibrio de los tres poderes —condición esencial del gobierno organizado por la Constitución—, se habría optado por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos. Se concluyó que es «indispensable en el derecho público argentino que la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos solo pueda pronunciarse a pedido de parte, es decir, por aquellos a quienes perjudique...».

Que según la doctrina imperante en este periodo fue lo que se plasmó en el art. 2 de la ley 27 del año 1862, en las que nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.

Con éstas 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, lo que 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 encuentran realmente afectados.

La exigencia de petición de parte, ha sido obviada en los supuestos en que la disposición normativa impugnada afectara la autonomía del poder

¹³ Fallos: 190: 142, *La Ley*, 23-251.

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, cabe recordar, a título de ejemplo el fallo «*Partido Provincial Unión Santiagueña*»¹⁴, en donde la Corte estableció que: «Al principio de que el control 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 de que la reglamentación exceda los límites constitucionales de las atribuciones jurisdiccionales de la Corte, y en la medida necesaria para determinar la competencia del Tribunal». La Corte entendió que correspondía a sus facultades, como atribución inherente a la naturaleza del poder que ejerce, la de juzgar, en los casos concurrentes, de la constitucionalidad y legalidad de los actos que se le someten, toda vez que en ocasión de ellos ha de cumplir una función que le confiere la Constitución o la ley, teniendo el deber, en este caso, de examinar y discernir si el acto con motivo del cual se le llama al cumplimiento de una función propia, reviste o no validez necesaria.

3. Período permisivo minoritario (Desde el año 1984 al 2001)

En el tercer período, a partir de 1984, la tesis prohibitiva del control de oficio, como regla, se mantuvo en la composición de la Corte, pero con disidencias. Tal fue el caso de los Ministros Fayt y Belluscio en los precedentes registrados en Fallos: «*Juzgado de Instrucción Militar N.º 50 de Rosario*»¹⁵ y «*Osvaldo Peyrú*»¹⁶.

En el primero de los casos señalados, se había planteado un conflicto positivo de competencia entre un tribunal militar y un juez de instrucción de la Ciudad de Rosario, quien para fundar su competencia había declarado de oficio, la inconstitucionalidad de los artículos 108 inc. 2 del Código de Justicia Militar y el artículo 10 de la ley 23.049¹⁷. La posición mayoritaria de la Corte apoyada por el dictamen del Procurador General se pronunció por la competencia del tribunal y que el control de constitucionalidad de oficio ejercido por el juez no era válido.

En disidencia votaron los jueces Fayt y 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

¹⁴ Fallos: 238: 288.

¹⁵ Fallos: 306: 303, *La Ley*, 1984-B, 426

¹⁶ Fallos: 310:1401.

¹⁷ Adla, XLIV-A. 8.

causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución. Más de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa como el control de cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente, transitando en el adagio *iura novit curia*, incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (artículo 31, Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, es decir, la constitucional, y desechando la de rango inferior. Del artículo 31 de la Constitución Nacional deriva la facultad de los jueces de cualquier fuero, jurisdicción y jerarquía, nacionales o provinciales, de examinar las leyes en los casos concretos que se presentan a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan conformidad con ella, absteniéndose de aplicarlas si las encuentran en oposición; facultad que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes».

En el segundo caso mencionado «*Peyrú; Osvlado J. s /apelación*», sostuvo que no es dable expedirse de oficio salvo si se exceden los límites constitucionales de las atribuciones jurisdiccionales, esto fue apuntado por el voto de la mayoría, no obstante, y según su voto, Belluscio sostuvo que los jueces están facultados para declarar inconstitucionalidad de oficio.

Mientras que por vía de disidencia Fayt concluyó que «si (el juez) puede declarar de oficio (la inconstitucionalidad de una norma): es erróneo suponer que la exigencia de un caso judicial concreto debe limitar la facultad de los jueces de hallar, para las causas sometidas a su conocimiento, el encuadre normativo correcto al margen de los argumentos de las partes, tal facultad reconocida bajo la expresión *iura curia novit* no cabe que se limite cuando está en juego nada menos que la norma más alta del sistema como lo es la Constitución Nacional de la cual la Corte Suprema es la intérprete final.»

Y agrega al respecto que «La declaración de inconstitucionalidad nace de la consciente aplicación de la ley Suprema por los jueces, al margen de que fuera o no traída por el afectado como un argumento explícito que avale su pretensión. Y es distinta de la declaración de inconstitucionalidad en abstracto, sin la existencia de un caso judicial concreto que se tenga a la vista al decidir aquella».

Reconoce también que, esta facultad es tan propia de jueces nacionales como provinciales. Es equivocada la inteligencia de la expresión de oficio art. 2 ley 27 efectuada extrayéndola de su contexto, donde equivale a «en abstracto o sin causa judicial», para asimilarla a la provisión del juez de los fundamentos jurídicos que deben regir en el caso cuando no son aportados por las partes, en casos de conflictos entre Constitución Nacio-

nal y leyes. Por el contrario el art. 3 refuerza reconocimiento de esta función en el supuesto específico en que deba asegurarse la Supremacía de Constitución Nacional.

Entre tanto, Santiago Petracchi, conformando el voto mayoritario, se expide en contra de la declaración de inconstitucionalidad de oficio. En el sentido de que «no es lícito que los jueces se pronuncien de oficio sobre la validez de otros poderes del Estado, y en especial, de las leyes y reglamentos, nacionales. Tal principio 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 una causa y un peticionario cuyos derechos se encuentren afectados. Solo bajo esas condiciones la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima a la luz de la Carta Fundamental, sin alterar el equilibrio de los poderes en virtud de la absorción judicial en desmedro de los otros.

A la posición minoritaria se sumó el doctor Boggiano en sus votos en disidencias en fallos «*Banco Buenos Aires Building Society s/ Quiebra*», sentencia dictada el 21 de abril de 1998¹⁸, «*Ricci, Oscar Francisco Augusto c/ Autolatina Argentina S.A. s/Accidente ley 9688*», sentencia del 24 de abril de 1998¹⁹ y también en la causa «*Galeano c/ Administración Nacional de Aduanas*» de 1º de junio de 2000.

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 de 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.

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*», sentencia dictada el 1º de junio de 2000²⁰.

Se destaca la postura de los Doctores Fayt y Belluscio expresando que dicho control versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho y la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente —principio *iura novit curia*— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución, aplicando en caso de colisión de normas la de mayor rango.

En la posición contraria a la posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes se pronunció el doctor Moliné, quien sostuvo «...que la declaración de inconstitucionalidad de oficio podría inter-

¹⁸ *La Ley*, 1998-E, 233; E.D., 179-322.

¹⁹ *La Ley*, 1998-E, 233; E.D., 179-322.

²⁰ Fallos: 323: 1421.

pretarse como un avasallamiento en el derecho al autogobierno, perpetrado no por los poderes políticos, sino por el Poder Judicial»²¹.

D) Periodo permisivo mayoritario (Desde 2001 hasta la actualidad)

a) *Caso «Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl y Pisarelo Angel c/ Estado de la Provincia de Corriente s/ demanda contencioso administrativa»*

Llegamos al caso «Mill de Pereyra», dictado el 27 de septiembre de 2001²². 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 por entender que la falta de actualización de sus emolumentos, en períodos en los cuales había existido un alto proceso de inflación (1984-1988), constituía un agravio a la garantía de intangibilidad establecida en la Constitución Nacional.

El Superior Tribunal de Justicia Provincial, integrado por conueces, hizo lugar a la acción y declaró —de oficio— la inconstitucionalidad de varios artículos de la ley nacional de convertibilidad²³ y de la ley provincial de consolidación de deudas del Estado. En concreto la declaración oficiosa recayó sobre aquellas normas que vedaban la actualización monetaria a partir del 1º de abril de 1991.

El 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 leyes mencionadas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación 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 (en tanto suscitó cuestión federal) a la ley de la Constitución, concluyen-

²¹ Seminario sobre jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, realizado en 1999, en la Universidad Católica Argentina.

²² Fallos: 312: 2494; *La Ley*, 2001-F, 891.

²³ *La Ley*, 23.928, Adla, LL-B, 1792.

do que fue dictada por el legislador en ejercicio de la facultad de «hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjeras» (artículo 75 inc. 11, Constitución Nacional) no siendo válido asignar a la garantía constitucional de la intangibilidad una extensión tal que la coloque en pugna.

La postura tradicional de los Doctores Fayt y Belluscio vuelve a observar la base conceptual desde la cual se refutan los clásicos fundamentos sostenidos por la Corte para vedar el control oficioso.

En igual sentido, el Doctor Boggiano puntualizó que la declaración de inconstitucionalidad oficiosa no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás poderes, siendo una de sus funciones específicas la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por los poderes Ejecutivo y Legislativo, a fin de mantener la supremacía de la Constitución.

Por su parte, el doctor Vázquez formula una distinción acerca del modo de ejercicio de tal control, según se trate de la Corte en su rol institucional de cabeza del Poder Judicial o en ejercicio de la función jurisdiccional, y en éste último caso, como tribunal de justicia, debe hacerlo en el marco de un caso judicial o controversia, pero una vez configurado éste, resulta luego inconsistente sostener que la declaración de inconstitucionalidad implica una vulneración al principio de división de poderes cuando es dictada oficiosamente y no cuando obedece a un requerimiento de parte.

En cuanto al derecho de defensa, los Doctores Fayt y Belluscio expresaron que no existe tal agravio, porque si es así debería descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas bajo pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso.

El Doctor Boggiano entendió que el control de constitucionalidad constituye una cuestión de derecho que, puede ser resuelta por el juez mediante la facultad de suplir el derecho no invocado por las partes (*iura novit curia*). En el mismo sentido el doctor Vázquez destacó que al declarar la inconstitucionalidad el juez no hace otra cosa que aplicar el principio *iura novit curia*, sin que ello signifique agravio para el derecho de defensa de las partes.

En su voto disidente, los Doctores Nazareno y Petracchi se remiten a los precedentes anteriores del Tribunal en sentido contrario a la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

El Dr. Moliné, sostuvo los argumentos opuestos a la mayoría. Expresa que 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 es que constituiría un «anomalía» que un juez o la Corte adoptaran decisiones contrarias a los actos del Control y del Pre-

sidente, que representan la voluntad popular. Es el individuo quien decide qué hace ante la extralimitación de sus representantes, y una de las decisiones que puede adoptar es consentirla, sin que nadie pueda sustituir su libre determinación. El ciudadano no solo tiene el derecho de rechazar la vigencia de los actos del Ejecutivo y del Legislativo, sino también el de rechazar la intromisión del Poder Judicial en esa zona propia pues allí el individuo, no el magistrado, es dueño de su destino.

El agravio al derecho de defensa deriva, a juicio del Doctor Moliné, del hecho de no disponer las partes de una oportunidad procesal para argumentar amplia y explícitamente acerca de la constitucionalidad de la norma. No es correcto aplicar el principio de *iuria novit curia*, 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, aboga por su voluntad una norma regularmente sancionada, que se encuentra en vigor y que goza de presunción de validez.

Continúa manifestando que «...los litigantes han tenido suficiente oportunidad de ser oídos sobre el punto en el remedio federal y en el escrito de contestación, lo que torna inoficioso pronunciarse a esta Corte en la medida en que el derecho de defensa de las partes aparece debidamente resguardado con el procedimiento cumplido en inconstitucionalidad de oficio. esta instancia...». Luego se analizó la validez constitucional de la ley de convertibilidad concluyéndose a favor de su legitimidad.

Resumiendo la doctrina derivada del citado fallo de la Corte Suprema en autos «Mill de Pereyra»²⁴ que si bien no implica la habilitación a los jueces de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley en cualquier supuesto, si 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 institucional y debe ser considerada como la «última *ratio*» del orden jurídico;
- 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

²⁴ E.D. del 28/12/01.

- 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 C.N.;
- 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.

Como sostiene Emilio Ibarlucía²⁵ se trata de requisitos y caracteres clásicos de nuestro sistema de control de constitucionalidad, pero aunque la Corte siempre ha dicho que la declaración de inconstitucionalidad es la «*ultima ratio*» del orden deben extremarse. En especial, la inconstitucionalidad debe ser manifiesta e indubitable y no debe quedar margen para resolver el caso que recurrir a esa declaración.

- b) «*Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra*» del 19 de agosto de 2004

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, resolvió dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad dispuesta de oficio por la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial de Bahía Blanca respecto del decreto 2075/93. Señaló su validez y aptitud para reglamentar la ley 21.526, declarando que la acreencia del Banco Central de la República Argentina originada en el canje de imposiciones para Bonex con posterioridad a la liquidación, quedaba comprendida en la preferencia establecida en el artículo 264 de la ley concursal.

Para así decidir, y en lo que aquí interesa el a quo destacó que los jueces en resguardo del principio de división de poderes, no podían declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, ya que tal impugnación debía ser alegada y probada en juicio, lo que dijo, no sucedió en autos. Señaló asimismo, en cuanto a la aplicación del decreto y la ley que reglamenta, que si bien el artículo 12 de la ley 24.144, derogó la ley 22.529, el artículo 8° de esta última dispuso la ultra actividad del aludido régimen al establecer la continuidad de su aplicación a las liquidaciones en curso al momento de la sanción de la ley.

Señala el recurrente, que si bien su parte no planteó la inconstitucionalidad de la norma, V. E. ha reconocido que resulta incompatible con el régimen de dicho control de legalidad que ejerce el Poder Judicial, la omisión de pronunciamiento de cualquier magistrado sobre las cuestiones constitucionales que se susciten en los pleitos que debe resolver.

²⁵ Emilio IBARLUCIA: «Control de oficio de constitucionalidad». «Algunas precisiones sobre su procedencia», E.D. 9/5/02.

Agrega que la norma en cuestión ya había sido declarada inconstitucional por V. E. en fallo del 15 de julio de 1997, en el precedente B.490. L. XXVII, «Banco Sidesa S.A. s/quiebra», por transgredir las garantías consagradas en el artículo 16 y 17 de la Constitución Nacional. y por lo tanto no existe obstáculo para que las partes lleven a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la interpretación de otros tribunales que no coincidan con su doctrina; y para ello precisamente el régimen jurídico argentino ha previsto el correspondiente remedio federal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el considerando 3 del voto mayoritario de los Dres. Petracchi (según su voto), Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Zaffaroni y Highton de Nolasco, sostuvieron 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 (art. 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 4° del voto de los jueces Fayt y Belluscio).

En el considerando siguiente expresa que, además, se consignó que no podía verse en ello 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. 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 se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues 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 al caso (confr. fallo precedentemente citado, considerando 5°, Fallos: 324:3219 voto del juez Boggiano, considerandos 11, 13 y 14 y del juez Vázquez, considerandos 15, 16 17 y 19).

Walter Carnota en comentario al fallo citado, con meridiana claridad dice que los argumentos brindados por la mayoría en los considerandos tercero y cuarto 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 constitucional²⁶.

E) Periodo permisivo con limitaciones (Desde el caso «Astorga Bracht» 14/10/04, «Gomez» y «Strangio»).

a) *Fallo de la CSJN en los autos: «Astorga Bracht, Sergio y otro c/ CONFER dto. 310/98 s/amparo ley 16986», del 14 de octubre de 2004*

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, confirmó la sentencia de primera instancia mediante la cual se había declarado la inconstitucionalidad del art. 3° de la resolución del Comité Federal de Radiodifusión 16/99. Contra la decisión el organismo Estatal interpuso recurso extraordinario que fue concedido.

Señala la Corte en el considerando 3° que toda vez que la Cámara señaló que el inc. b del art. 3 de la resolución aludida contemplaba un supuesto diferente al que invocaban los amparistas y ellos no se habían agraviado al respecto, corresponde decidir sobre la validez constitucional del inc. a de la norma.

Mediante la resolución 16/99 el interventor del CONFER aprobó el pliego de bases y condiciones generales y particulares que regiría los llamados a concurso público para la adjudicación de las estaciones de radio-difusión sonora por modulación de frecuencia comprendidas en el art. 4 inc. a del decreto 310/98 así como el pliego para la adjudicación directa de las comprendidas en el inc. b de ese artículo (conf. arts. 1 y 2 de la resolución citada).

El art. 3 inc. a dispuso que los solicitantes debían acompañar en su presentación un escrito dirigido al organismo accionado en el que se indicaría expresamente que desistían, de manera total e incondicional, de todos los recursos administrativos y judiciales que se hubieren interpuesto contra las disposiciones legales y reglamentarias para el servicio en cuestión, como así también contra cualquier acto administrativo emitido por el CONFER y la Comisión Nacional de comunicaciones.

La corte consideró que el artículo mencionado resulta violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional y de las Convenciones internacionales

²⁶ Walter CARNOTA: «La inconstitucionalidad de oficio una cuestión saldada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación», *El dial.com*, agosto de 2004.

de derechos humanos en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la declaración americana de los Derechos y Deberes del hombre y otros)

Más allá de concordar con la decisión del máximo tribunal en cuanto prohíbe la declaración de constitucionalidad en los casos en que las partes no lo hayan solicitado y no resulta necesario para resolver las demás cuestiones fácticas articuladas en la demanda, ello ha servido para que alguna doctrina quisiera ver un rechazo de la Corte a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad.

Lo cierto es que a nuestro entender no existe tal rechazo: y ello es debido a que la declaración oficiosa procede cuando para poder resolver la situación fáctica presentada por los litigantes es necesario encuadrarla en la norma jurídica y ella resulta inconstitucional.

Ello ha sido sostenido por la propia Corte en los fallos del periodo permisivo. Por lo tanto, como ya se ha señalado, el supuesto es diferente: la inconstitucionalidad del inc. b del art. 3 no fue tratada porque no era aplicable a los hechos traídos por los amparistas. Para decirlo sencillo: «si la parte no trae el supuesto de hecho que encierra la norma, no podemos ni empezar a hablar de la norma dado que queda excluida de nuestro análisis, el juez no está atado a las normas invocadas por las partes pero si a los hechos alegados por las partes, pues de lo contrario se estaría alterando el principio de congruencia.

b) *CSJN in re: «Gómez, Carlos Alberto c/Argencard S. A y otros ordinario» del 27 de diciembre de 2006*

La Sala B de la Cámara Nacional en lo Comercial confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda pero difirió la determinación del monto de la condena para una vez que fuera sustanciada la cuestión sobre la aplicación al caso de las normas de emergencia que dispusieron la pesificación de las deudas expresadas en moneda extranjera existentes con anterioridad al 6 de enero de 2002, ley 25561 y decreto 214/02.

Devueltos los autos a primera instancia el juez resolvió pesificar la deuda. Dicho pronunciamiento fue apelado por todas las partes.

Una vez elevados los autos y ante la sanción de la ley 25820 que modifica el texto de la 25561 se corrió un traslado a las partes para que se expidieran. El actor respondió el traslado a fs. 940 manifestando que ante la necesidad de encontrar una solución rápida a una demanda que llevaba prácticamente cuatro años y medio de tramitación solicitaba que la suma adeudada que según sentencia debía pagar la demandada y que originariamente era en dólares se pesificara a enero de 2002 a razón de \$1 igual a U\$S 1 y de allí en adelante hasta el momento del efectivo pago se aplicara el CER con más los intereses.

La Cámara dictó sentencia remitiéndose a un precedente propio y declaró la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 25561 (texto según ley 25820) por contrario a los arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional y afirmó que el actor consideraba intacto su derecho de percibir su crédito en la moneda originaria o bien su equivalente en la moneda de curso legal y descarto la pesificación.

El Citibank NA interpuso recurso extraordinario el que fue concedido. Sostiene el banco que la Cámara falló *ultra petita* pues el actor fue claro en cuanto a solicitar que su crédito fuera pesificado de modo que la inconstitucionalidad resuelta configuró un exceso de jurisdicción.

La corte consideró lo siguiente:

- La sentencia impugnada traduce un exceso en el límite de la potestad jurisdiccional del tribunal a quo, lo que importa un menoscabo a las garantías consagradas por los arts. 17 y 18 de la Constitución.
- La declaración de inconstitucionalidad violó el principio de congruencia procesal con el efecto de condenar a algo distinto de lo peticionado por aquel.
- El vicio de incongruencia es notorio...»y...ese defecto no se supera ni siquiera frente a la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la constitucionalidad de las leyes, pues tal facultad en ningún caso podría conducir a dictar sentencias violatorias del principio de congruencia, tanto más si se pondera que la inconstitucionalidad declarada en autos se llega a un resultado económico más amplio que el pretendido por aquel».
- La falencia que traduce la sentencia pone de manifiesto una lesión a las garantías consagradas en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional que justifica la descalificación del fallo en los términos de la doctrina del Tribunal sobre arbitrariedad.

En consecuencia, se deja sin efecto el fallo impugnado y se devuelven los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento.

En este caso, así como en el anterior, ha habido doctrina que sostuvo que la Corte retornaba a la tesis limitante de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad.

Pero ello no es así y se desprende claramente del voto de la Doctora Argibay cuando sostiene que «...habida cuenta que el tribunal de alzada se pronunció de oficio sobre la inconstitucionalidad de la ley, en abierta contradicción con lo expresamente peticionado por el actor, y en evidente exceso de jurisdicción apartándose por ende del principio antes reseñado, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en tal sentido. Atento al resultado

al que se arriba resulta inoficioso pronunciarse sobre la validez constitucional de la ley citada en los párrafos precedentes...».

Pensamos que el fallo no implica retornar a la jurisprudencia anterior y que tal como se desprende del voto de la Doctora Argibay, al haber el actor modificado su pretensión ya no era necesario analizar si procedía o no la pesificación pues dejó de perseguir el cobro en dólares de su crédito.

c) *Caso: «Stangio, Domingo c/ Cattorini Hnos. Sacif s/Accidente» del 12/05/09*

El reclamante, en el marco de la ley n.º 24.557, promovió demanda alegando incapacidad laboral, cuestionando —a un tiempo— la validez del artículo 6º del precepto citado —en cuanto sólo manda a reparar las patologías profesionales incluidas en el listado respectivo y las que se agreguen anualmente— como así también la de los artículos 21, 22, 39 y 46 del mismo cuerpo y su reglamentación. Denunció asimismo otra minusvalía laboral, con fundamento sustantivo en normas de derecho civil.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó el recurso extraordinario local de inaplicabilidad de ley deducido por la accionada y declaró la inconstitucionalidad de los artículos 21, 22 y 46 de la Ley sobre Riesgos del Trabajo (LRT n.º 24.557)), confirmando lo resuelto por el a quo al desestimar una excepción de incompetencia.

Contra dicha decisión, la demandada interpuso recurso extraordinario, que fue concedido con fundamento en el artículo 14, inciso 1º, de la ley n.º 48.

Entre los argumentos esgrimidos por la recurrente manifiesta que la resolución apelada vulnera los derechos, principios y garantías de los artículos 14, 17, 18, 19 y 31 de la Ley Fundamental, en tanto se aparta de los límites recursivos al confirmar una supuesta inconstitucionalidad no declarada por el a quo.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación considero que se ha incurrido en un apartamiento del principio de congruencia, ya que el tribunal de grado no se pronunció acerca de la validez constitucional de las normas mencionadas. Tal defecto no se supera ni siquiera frente a la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, pues esa facultad no los habilita a dictar sentencias que transgredan aquel principio (causa G.396.XLI. «Gómez, Carlos Alberto c/Argencard S.A. y otro s/ordinario», sentencia del 27 de diciembre de 2006 (Fallos: 329:5903), lo cual impone la descalificación del fallo en el aspecto señalado (conf. F.72.XLI «Fossati, Pablo Alfredo y otro c/Banco Bansud S.A. s/despido», sentencia del 4 de septiembre de 2007, Fallos: 330:3787).

5. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO

El principio de congruencia, es la traducción en el proceso del principio de identidad, en función del cual el juez sólo puede pronunciarse sobre lo postulado por las partes. Pero no se trata de una regla absoluta, y las excepciones admitidas encuentran su basamento en la circunstancia de que el sistema procesal no es puramente dispositivo, sino integrado con el activismo judicial.

El juez debe dirigir el proceso pero sin olvidar lo que es privativo de las partes, lo que es de libre disposición de estas. Alerta sobre el error de contraponer el principio «dispositivo» al principio «publicístico», o el de confundir el primero con el principio «privadístico». El proceso es siempre publicístico, porque pertenece al derecho público, en cambio lo privadístico atañe a la naturaleza del proceso, es decir, a su objeto, a la relación jurídica, que cuando es de derecho privado es de libre disposición de las partes (principio dispositivo).

La potestad que tienen las partes para disponer libremente de la materia litigiosa en virtud del principio dispositivo no impide que el juez pueda, en situaciones excepcionales, disponer medidas para mejor proveer, sin que ello implique lesionar la garantía de la defensa en juicio de las partes. En esa misma línea, Mabel de los Santos²⁷ se refiere a la discrecionalidad en materia cautelar, que permite al juzgador disponer medidas diferentes de la solicitada para asegurar el derecho de quien lo peticiona²⁸, como así también a la posibilidad de fallar *ultra petita* en el proceso laboral, cuando existe en la causa alguna irregularidad no planteada por las partes, siempre que la solución sea a favor de los derechos del trabajador.

Por otra parte, la jurisprudencia registra numerosos casos de flexibilización de la congruencia con la finalidad de evitar frustrar el derecho invocado, al que se le acuerda una protección distinta o acotada, especialmente en materia de protección de la salud o de incapacidades. Asimismo no debe excluirse la posibilidad de moldear la congruencia con respecto a los derechos patrimoniales pero como en todos los casos, es menester verificar que al hacerlo no se afecte la garantía de defensa en juicio. Finalmente la autora citada considera que solo así podremos hacer efectivo el tránsito desde un garantismo formal —muchas veces interpretado a favor del exceso ritual— hacia un garantismo funcional o teleológico, que facilite y no malogre el acceso a la justicia.

Este principio tiene una relación muy cercana con la inconstitucional-

²⁷ Mabel DE LOS SANTOS, «El principio de congruencia», mesa redonda llevada a cabo el 9 de mayo en el Aula Magna de la UBA Facultad de Derecho.

²⁸ Art 204 del Código Procesal Civil y Comercial de Formosa.

lidad de oficio, atento que el principio de congruencia, en principio, prohíbe que el juez vaya más allá de lo requerido por las partes en el proceso y como justamente la inconstitucional de oficio es efectuada sin que las partes lo haya peticionado, resulta de vital importancia su análisis pormenorizado. Afecta este principio, el razonamiento que traduce una desviada consideración de las alegaciones formuladas por la demandada y de las normas aplicables al caso²⁹. El carácter constitucional del principio de congruencia, como expresión de la defensa en juicio y del derecho de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y a no perjudicarlos; vedando no sólo el pronunciamiento sobre peticiones o defensas no postuladas por las partes, sino también la desviada consideración de hechos conducentes, contenidos en las alegaciones formuladas por aquéllas en los escritos constitutivos del proceso³⁰. De ahí que lo esencial sea que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, sin hacer prevalecer la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias³¹. Si por ejemplo la cuestión litigiosa se limitaba a decidir acerca de la procedencia o no de la aplicación de un gravamen municipal a la empresa prestataria del servicio telefónico, la sentencia que, tras hacer lugar a la impugnación, ordena la constitución por el municipio de una servidumbre administrativa y el consiguiente cobro de una tasa por la prestación de ese servicio, viola el principio de congruencia y cercena las garantías de la propiedad y de la defensa en juicio, por haberse excedido en sus facultades decisorias.

A) Principio de congruencia interno

Para que se de este tipo de principio debe existir una clara relación entre los argumentos esgrimidos en la sentencia y la parte dispositiva de la misma, al respecto debemos recordar que toda sentencia debe estar motivada, es decir, con argumentos fácticos y jurídicos que sean la consecuencia lógica de la decisión arribada. Si por ejemplo, en uno de los votos que aparece constituyendo la mayoría del Tribunal no existe congruencia entre la conclusión final del voto mayoritario y los fundamentos de algunos de sus integrantes, la decisión adoptada, como sentencia de aquella mayoría, se encuentra viciada de nulidad, motivo suficiente para invalidar las sentencias, pero no por arbitrarias sino por ser autocontradictorias³². Pues aquí no se carece de todo fundamento, para declararla arbi-

²⁹ Fallo 319: 227 (Disidencia del Dr. Eduardo Moliné O'Connor).

³⁰ Fallos 321: 1877.

³¹ Fallos 323: 2848.

³² Fallo 311: 2023.

traría, sino que carece de toda conexión logrando una incongruencia entre los respectivos considerandos y la parte dispositiva de la sentencia.

En este aspecto la inconstitucionalidad de oficio se ve claramente admitida si los argumentos dados para declarar su falta de validez constitucional no son desarrollados sobre argumentos sólidos y certeros que lleven a la conclusión arribada.

B) Principio de congruencia externo

Este tipo de principio puede dividirse a su vez en objetivo y subjetivo.

- A) El externo objetivo ocurre en los casos en que el fallo impugnado omite decidir peticiones, alegaciones o argumentos oportunamente propuestos a la consideración del tribunal y que deben integrar la resolución del litigio³³.
- B) El externo subjetivo la sentencia ha omitido alguna parte del proceso, atento que la sentencia sólo puede y debe referirse a las partes en el juicio³⁴.

En este punto no influye si la parte solicito o no la inconstitucionalidad de una norma, sino que la norma declarada inconstitucional por el juez, este mencionada en el objeto de la pretensión de las partes o en su caso que tenga una relación directa con los elementos fácticos denunciados. Es por ello que se dice que la inconstitucionalidad de oficio siempre es jurídica con relación a los elementos fácticos de juicio.

No importa violentar el principio de congruencia, la actividad del juzgador que, sobre la base del *iura curia novit*, subsume en la regla jurídica adecuada la pretensión deducida en el caso³⁵.

C) Principio de congruencia de primero y de segundo grado

También se clasifican los principios según la instancia en: 1) Principio de congruencia de primer grado y 2) Principio de congruencia de segundo grado.

- 1) Principio de congruencia de primer grado: Recordemos que la instancia jurisdiccional se abre y se cierra con el juez de primera instancia, salvo excepciones, como ser la vía originaria y exclusiva

³³ Fallos 325: 795.

³⁴ Fallos 321: 220.

³⁵ Fallos 312: 649.

que comienza y finaliza en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, atento lo regulado por el art. 117 de la CN. Sin olvidar que los límites se encuentran otorgados por lo peticionado por las partes en la demanda y su contestación, y en el caso de alterar este límite estaremos vulnerando el principio de congruencia de primera grado.

- 2) Principio de congruencia de segundo grado: Cuando la sentencia sea de la Cámara de apelaciones o de la Corte Suprema, la limitación del juez estará signada en los recursos respectivos y el fallo de primera instancia, pues configura una violación al principio de congruencia de raigambre constitucional, ínsito en la garantía del debido proceso del justiciable, la sentencia que no se pronuncia razonadamente sobre los agravios expuestos por el recurrente y carece del examen crítico de problemas conducentes para la solución del litigio³⁶.

La jurisdicción de las cámaras está limitada por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional³⁷.

Aquí la inconstitucionalidad estará limitada por lo alegado por las partes, en los recursos quien deberá indicar la norma y los elementos que lleguen implícitamente a considerarlo el juez no podrá decretarse la inconstitucionalidad de la norma, empero por el contrario de los propios argumentos surgen los elementos para su declaración, en este aspecto si el magistrado, no solo puede, sino debe expresar la norma que encuentra contraria a la ley fundamental.

6. EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL

Orden público podría ser no la causa justificativa del límite o restricción de las libertades, sino su ejercicio con plenas garantías; es decir, la plena vigencia de los valores básicos que constituyen el ordenamiento jurídico-constitucional³⁸.

Solo de este modo la propia esencia jurídica de las libertades puede desarrollarse pues éstas constituyen aquella parte del ordenamiento que no puede dejar de tener plena eficacia normativa y plena vigencia.

³⁶ Fallos 321: 1877

³⁷ Fallos 315: 106.

³⁸ ALONSO GARCÍA: «La interpretación de la Constitución», citado por DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002, p. 144.

Ha sostenido Alonso García refiriéndose a la Constitución española que «los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección primera constituyen por excelencia este orden público constitucional, dado que ningún otro grupo de preceptos afirma sus pretensiones de vigencia con tanta intensidad, pretensiones que constituyen la esencia misma del pacto constitucional»³⁹.

El orden público es un concepto normativo caracterizado precisamente por la manifestación de acuerdo a derecho del pleno y del efectivo ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Cualquier intervención externa en esta esfera hipergarantizada por nuestra constitución, dice De Bartolomé Cenzano con referencia a la Constitución española, deberá tener un fundamento jurídico necesario y suficiente que la legitime. Lo contrario desvirtúa, no sólo el contenido de los derechos y libertades fundamentales sino además la propia finalidad garantizadora de la Constitución⁴⁰.

En la doctrina francesa orden público podría ser caracterizado como «la organización social vista a través de la conciencia del juez que representa la conciencia jurídica media de la colectividad»⁴¹. Desde este prisma el orden público se concreta mediante la jurisprudencia que tamizaría el concepto ajustándolo desde la conciencia social al Ordenamiento vigente en la solución al caso concreto.

El orden público es un concepto común a distintos sectores de derecho y no siempre es de fácil definición⁴².

En la legislación administrativa, de policía y penal se utiliza como sinónimo de convivencia equilibrada, ordenada, segura y pacífica. Es un objeto de reglamentación pública y sobre todo de tutela preventiva, contextual y sucesiva o represiva.

La actividad pública debe estar encaminada a velar para que la vida ciudadana se desenvuelva básicamente «dentro del sometimiento al imperio de la ley, y como no, dentro del marco constitucional democráticamente establecido»⁴³.

Finalmente Bidart Campos decía que «el derecho de la constitución es derecho «público» y es de orden público, todo lo cual significa derecho imperativo y forzoso, no disponible ni derogable por nadie»⁴⁴.

³⁹ Alonso García citado por DE BARTOLOMÉ CENZANO, *op. cit.*, p. 144.

⁴⁰ DE BARTOLOMÉ, *op. cit.*, p. 146.

⁴¹ Bernard, citado por DE BARTOLOMÉ, *ob. cit.*, p. 136.

⁴² N. BOBBIO: «Diccionario de Política, voz: orden público», analizada por Vergottini, II, edic. Siglo XXI, Méjico 1998, pp. 1138 a 1139 citado por José Carlos DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002, página 258.

⁴³ José Carlos DE BARTOLOMÉ CENZANO, *Jop. cit.*, p. 259.

⁴⁴ Germán BIDART CAMPOS: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, p. 71, Ediar, Argentina, 1995.

7. LA MÁXIMA *IURA NOVIT CURIA*

La máxima *iura novit curia* es una locución latina que significa «del derecho que conoce la curia» o más conocida como «el juez —o el tribunal— conoce el derecho», a diferencia de lo que sucede con los aspectos facticos del litigio, donde las partes deben establecerlos, mientras que las reglas jurídicas de aplicación será tarea del juzgador.

Es en la exposición de Coing⁴⁵ donde se puede hallar la información más completa sobre el origen de la máxima, concretamente cuando trata sobre la tensión entre *ius commune* y *ius municipale* que preside buena parte de la historia del Derecho en la Edad Media, sobre todo en la península itálica. El *ius commune*, identificado con el Derecho romano, era considerado como el Derecho común del país; el *ius municipale*, por su parte, englobaba las costumbres y estatutos locales. A diferencia del *ius municipale*, para el *ius commune* valía la máxima *ius commune* (o también una norma local escrita, es decir, un estatuto del lugar donde tenía su sede el tribunal) no precisaba probar su existencia ni su vigencia, carga que, en cambio, sí grababa a quien alegase ante el Tribunal una costumbre (*consuetudo est facti*) o un estatuto de localidad diferente a aquélla donde tenía su sede el tribunal⁴⁶.

Ello así, esta locución latina está atada a otra denominada *Da mihi factum, dabo tibi ius*, es decir, «dame el hecho y te daré el derecho». Se ha erigido desde el primitivo procedimiento romano en un principio que pretende establecer una divisoria entre la función de las partes y la del juzgador en los litigios. De acuerdo con ello, a los litigantes no correspondía sino la enunciación y las probanzas de los hechos, con total reserva para el juez o tribunal de la aplicación de los principios jurídicos vigentes, de los que resultaría de una u otra especie⁴⁷.

Como lo sostiene copiosa doctrina y jurisprudencia, a la cual adhiero, forma parte de la aplicación de este principio la declaración de inconstitucionalidad de oficio. Es decir, el juez, como concedor del derecho al tener que encuadrar la situación de hecho presentada debe también evaluar si el encuadre normativo correspondiente contradice la norma fundamental o no.

Según Lozano⁴⁸, el principio mencionado tiene varias versiones:

⁴⁵ Cfr. *Europäisches Privatrecht*, t. I (*Älteres gemeines Recht, 1500 bis 1800*). München, 1985.

⁴⁶ Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ: “*Iura novit curia*” —la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda—, Marcial Pons, Madrid, España, 2007.

⁴⁷ Guillermo CABANELLAS DE TORRES: *Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos*, Heliasta, 2007, p. 271.

⁴⁸ Luis F. LOZANO: *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, editorial *ad-hoc*, pp. 32 y ss.

- En su versión más literal, postula que el juez conoce el derecho con independencia o por encima de lo que acerca de él hayan podido ilustrarlo las partes con su debate.
- Otra versión es aquella que sostiene que el Juez puede suplir a la parte que omite invocar el derecho aplicable. Según Lozano no es esta una versión muy feliz del principio ya que el juez no solamente puede suplir sino que debe hacerlo.
- La tercera versión de la que nos ilustra el autor dice que las partes no tienen la facultad de disponer cuáles son las reglas del derecho objetivo que aplica el juez escogiendo que parte del derecho objetivo debe aplicar y cual no. En esta concepción, el sistema de reglas que aplica el juez para resolver los conflictos no es disponible para las partes en el proceso. Ellas pueden limitarle la realidad fáctica acerca de la que discurrirá o decidirá por la simple vía de no presentársela.

Acto seguido el autor menciona ciertas excepciones al principio las cuales podemos brevemente enumerar:

- La ley extranjera: según el art. 13 del Código Civil la aplicación de la ley extranjera solo tiene lugar en los casos que el Código lo autoriza y a solicitud de parte interesada a cuyo cargo será la prueba de dichas leyes. Se exceptúan de esta regla aquellas leyes extranjeras que se hagan obligatorias en la República.
- La norma consuetudinaria: la parte que invoca la costumbre tiene la carga de probarla. Sin embargo, ello no significa que el juez no pueda aplicarlas a despecho de lo que las partes hayan invocado; sino que no puede remitirse a su propio saber para justificarlo.

Como lo vengo mencionando, la declaración oficiosa de inconstitucionalidad es el cumplimiento por parte del Juez del principio de *iura novit curia* y las partes no tienen la disposición del derecho aplicable a la situación de hecho presentada. Dando respuesta al interrogante planteado por Lozano⁴⁹ respecto de si el sistema deja la inconstitucionalidad en manos exclusivas del Juez o si entrega la llave a las partes en el proceso, creo con firmeza que la inconstitucionalidad está en manos de los jueces, sin perjuicio si las partes lo hayan planteado o no.

⁴⁹ LOZANO, *ob. cit.*, p. 26.

8. LOS ASPECTOS BENÉFICOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO EN LOS SISTEMAS DIFUSOS⁵⁰

Este sistema, tiene su principal nota de color en el hecho de que cualquier magistrado integrante del Poder Judicial tiene la facultad de realizar el test de constitucionalidad de las normas que debe aplicar al caso concreto. Otra nota característica de este tipo de control es que los precedentes son vinculantes, a través de la regla del *stare decisis*.

Uno de los orígenes más antiguos que se conoce es de la antigua Grecia, especialmente en Atenas, ya existía en cierta forma una aproximación bastante cercana al control difuso de la constitucionalidad porque se distinguía entre una ley en sentido estricto (*nomos*) y un decreto (*pséfisma*), teniendo las leyes un carácter aproximado a las modernas constituciones, en el sentido de que se referían a la organización del Estado y de que sus modificaciones eran realizadas mediante un procedimiento especial que puede considerarse equivalente al proceso de revisión constitucional. Por su parte, el decreto debía ser legal tanto en su forma como en su fondo, lo que equivaldría en el derecho moderno a que debe ser constitucional y la contrariedad del mismo con la ley producía una invalidez, no estando obligados los jueces atenienses a decidir de acuerdo con los decretos si estos no estaban en conformidad con las leyes, todo ello de acuerdo con un pasaje de Demóstenes según el cual el *nomos* cuando se encontraba con el *pséfisma* prevalecía sobre éste⁵¹.

Con la revolución de EEUU, el control de constitucionalidad de las leyes del tipo difuso, tuvo su carta de presentación o acta de nacimiento, de la mano de Hamilton en su famoso «El Federalista»⁵² N.º 78. Luego de explicar claramente que es deber de los tribunales de justicia declarar nulos «todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución», y que no por tener esta función el poder judicial se eleva jerárquicamente sobre el poder Legislativo, al respecto expresa que:

«...No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de

⁵⁰ Sistema difuso o sistema Norteamericano *Judicial Review*.

⁵¹ María Gabriela FARIAS RODRÍGUEZ: «Control difuso y el control concentrado de la Constitucionalidad de las leyes». *Revista de Derecho Constitucional*. Venezuela (Caracas). Año 2001, p. 160.

⁵² HAMILTON – MADISON – JAY, año 2001, p. 330/336.

la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

(...) siempre que determinada ley contravenga la Constitución, los tribunales tendrán el deber de apegarse a la segunda y hacer caso omiso de la primera...»

Esta doctrina de Hamilton expresada con meridiana claridad en las líneas extractadas, fue receptada por el juez Marshall en su voto del señero caso «Marbury vs. Madison» de 1803⁵³, que fuera ya explicado en el punto III.1. del presente trabajo.

Este tipo de control de constitucionalidad, y las decisiones que se tomen en ese sentido sólo se aplican al caso concreto, es decir, que tienen efectos *inter partes* y no *erga omnes*, manteniéndose vigente de esa manera la norma declarada inconstitucional. «El juez no anula la ley, simplemente se limita a declarar una nulidad preexistente. Por ello, en el caso concreto, se prescindirá de la norma como si la misma nunca hubiera existido»⁵⁴.

Ahora bien, la lógica consecuencia que se deriva del sistema difuso es que al no ser derogadas las normas declaradas inconstitucionales, siguen teniendo validez para aquellos que son ajenos al proceso, y que aunque se sepa de antemano cuál es el criterio del magistrado que ha tocado en suerte al justiciable para la resolución de su caso concreto y particular, habrá que llevar adelante todo el proceso para lograr que se declare inaplicable la norma una y otra vez. Y llegando al extremo, que la misma norma y aún ante casos muy similares, para algunos jueces sea contraria a la Constitución y para otros no.

En cuanto a los efectos de la decisión judicial de inconstitucionalidad en el sistema difuso la decisión sólo tiene un carácter declarativo ya que la norma constitucional sigue vigente y el tribunal únicamente no la aplica al caso juzgado.

Todo ello se aplica con menor o con mayor eficacia según el grado de compromiso que exista con la doctrina del *stare decisis*⁵⁵. En el caso de

⁵³ SC Estados Unidos, 1803/02/24.

⁵⁴ Maximiliano TORRICELLI: *El sistema de control de constitucionalidad Argentino: La acción de declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de tutela*, Lexis Nexis-Depalma, Año 2002, Buenos Aires, Argentina, p. 44.

⁵⁵ Juan Vicente SOLA: *Control judicial de constitucionalidad*, Abeledo Perrot, segunda edición actualizada, año 2006, Buenos Aires, Argentina, p. 155.

EEUU tiene mayor eficacia toda declaración de inconstitucionalidad al estar regido por la doctrina de *stare decisis*, pero no tiene tanta fuerza en sistemas de derecho continental, en donde la jurisprudencia tiene una obligatoriedad mucho más reducida y la capacidad del juez de interpretar la ley según su criterio es mucho más amplia, aunque la mayoría de los sistemas, sin embargo, reconocen que la jurisprudencia reiterada debe de alguna forma vincular a los jueces, por una cuestión de economía procesales y de evitar que sus sentencias sean totalmente imprevisibles o que dicten sentencias contradictorias de forma caótica.

Sin embargo, sea cual fuere el grado de influencia de las declaraciones de inconstitucionalidad, que los jueces lo realicen de oficio ayuda a mejorar el propio sistema difuso, donde los jueces:

- Aplican solamente leyes constitucionales;
- No deben estar preocupados de las falencias normativas que realicen las partes;
- Velan por el respeto de la constitución sin estar atado a construcciones erráticas o lúgubres que del derecho hagan las partes;
- Robustece al poder judicial con mayor independencia no solo frente a los otros poderes del estado sino también a los límites normativos que hagan las partes;
- Evitan sentencias contradictorias por falta de una adecuada defensa constitucional.

9. LA HIBRIDIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Las nuevas tendencias doctrinales señalan que la justicia constitucional en el mundo, principalmente en Europa y en Estados Unidos, ha mostrado un acercamiento entre los dos sistemas fundamentales, el control difuso y el control concentrado, sin encontrar contraposición absoluta entre ellos.

El profesor de la Universidad de Bologna Lucio Pegoraro⁵⁶, ha sugerido un tercer y cuarto sistema de control de constitucionalidad de las leyes. El tercer sistema estaría presente en países donde existen un Tribunal o Corte Constitucional (tales como Alemania, España e Italia) pero a su vez existe un control incidental de la constitucionalidad que opera cuando un juez, en un proceso cualquiera, considera inconstitucional una ley de cuya validez depende la decisión del caso, en virtud de lo cual el proceso es suspendido y la cuestión de inconstitucionalidad de la ley es planteada ante el Tribunal o Corte Constitucional encargada de adoptar la decisión final. Aquí tenemos un claro ejemplo de un control de constitucionalidad

⁵⁶ María Gabriela FARÍAS RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 168.

de oficio en un sistema concentrado, atento que el juez de cualquier instancia y en cualquier causa, puede por su propia convicción sin intervención de las partes considerar que una norma es inconstitucional, llegando a suspender el proceso y formar incidente y elevarlo al tribunal constitucional correspondiente.

El cuarto modelo se ha denominado «mixto» o «integral», es un tipo de control cualificado y, autógeno, sería el que existe en países como Portugal, Grecia, Rusia, Estonia, en otros estados latinoamericanos como Colombia, Ecuador, Perú, Guatemala y Venezuela y hasta algunos países africanos con sistema democrático, donde coexisten los sistemas difusos y concentrado, habiendo una verdadera fusión o conjunción entre ambos. Así surge el control jurisdiccional integral de la constitucionalidad, donde además de tener todos los jueces plenos poderes para desaplicar una norma o disposición legal cuya inconstitucionalidad sea solicitada por las partes, existe otro tribunal que ostenta, exclusivamente, el poder de anular las leyes que colidan con la ley Fundamental.

10. A MODO DE CONCLUSIÓN

La inconstitucionalidad de oficio se enfrenta con una postura muy férrea en su contra, con argumentos tales como la división de poderes, la defensa en juicio, el principio de congruencia, y la presunción de legalidad.

La Republica Argentina, es el único país de América Latina que ostenta el sistema de difuso completo del control de constitucionalidad. La declaración de inconstitucionalidad de oficio encontró en la Jurisprudencia su consagración definitiva. Desde el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa: «*Banco Comercial de Finanzas*» del año 2004, se dejó sentado la siguiente doctrina:

- 1) El control de constitucionalidad en Argentina no se pronuncia en «abstracto», solo se analiza en el caso «concreto».
- 2) El examen de constitucionalidad de las normas es una cuestión jurídica y no fáctica.
- 3) Del antiguo adagio «*iura novit curia*» se desprende la obligación de los jueces de expresarse sobre el derecho existente en el litigio, aunque sea sin petición de parte, velando en todos los casos por la supremacía constitucional.
- 4) Efectuar el control de constitucionalidad de oficio no viola la división de poderes porque es una facultad exclusiva y primordial del juez declarar toda norma que se encuentre en contra de la Constitución se a petición o no de las partes.
- 5) La presunción de validez constitucional de los actos administrativos cede cuando choca con una norma de jerarquía superior.

- 6) Y la defensa en juicio no se encuentra menoscabada por la declaración de inconstitucionalidad de oficio por ser una costumbre en el poder judicial analizar habitualmente normas no invocadas por las partes.

En el último periodo jurisprudencial de la inconstitucionalidad de oficio se han desarrollado sus límites, es por ello que su denominación lo evoca como un periodo permisivo del instituto pero con limitantes, basados principalmente en el principio de congruencia.

Aunque la corte en el caso «Strangeo» considero que se ha incurrido en un apartamiento del principio de congruencia atento que el tribunal de grado no se pronunció acerca de la validez constitucional de las normas mencionadas y cita como antecedente a dicha postura entre otros el caso «Gómez», resulta importante resaltar a tales efectos, que si bien, a ambos los une el principio de congruencia, el último es de primer grado, mientras que el segundo lo fundamenta en la del segundo grado, por haber sentenciado la cámara cuestiones no planteadas por el juez de grado, imposibilitando la declaración de inconstitucionalidad por los jueces de la cámara de apelación.

Los puntos decisivos de esta temática no solo se basan en la distinción de los tipos de principios de congruencia que sirven como valla inquebrantable para los jueces en la declaración de inconstitucionalidad de oficio, sino que además nos sirve para verificar que el orden público también tiene coto y no es absoluto. De ese modo la naturaleza del proceso, es decir, su objeto y los agravios en los recursos son de derecho privado de libre disposición de las partes (principio dispositivo), que no podrá subsanarse mediante la inconstitucionalidad de oficio.

Por todo lo expuesto no solo 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, por ser materia de orden publico constitucional.

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, porque en ella radica la verdadera esencia de la división de poderes. Como nos recuerda Hans Kelsen⁵⁷ «...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...»

⁵⁷ Hans KELSEN: *El defensor de la Constitución*, Tecnos. España. Año 1995.

