



*“Control de constitucionalidad de Oficio”*

**TRABAJO FINAL DE GRADO**

**Universidad Empresarial Siglo 21**

**ARRIEGUI, Jorge Alejandro**

**Abogacía**

**2017**



ARRIEGUI, Jorge A.

*A mi gran amor, Elisa, quien me acompañó en este recorrido sin dejarme caer. Tu amor me enseñó a no claudicar.*

*A mi hija Pía, razón de mi lucha y de mis pasos, fuente de amor que me alimenta.*

*Mi Hijo Felipe, heredero de mi amor.*

*A mi Padre, por lo que soy y seré.*

*Mi Madre, quien con tanto amor me enseñó lo que debe ser justo.*

*Mis Hermanas, Claudia y Débora por sostener mi sueño.*



ARRIEGUI, Jorge A.

## Resumen

Se desarrollan en el presente argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que sustentan la procedencia o no del control oficioso de constitucionalidad de las leyes y actos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ejercidos por los jueces de todos los fueros y grados por mandato constitucional, dada la vigencia del sistema de control difuso.

Se destaca que las posiciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) fueron las que, a través de una evolución temporal, han marcado tanto la regla negativa al accionar *ex officio*, como la admisión plena de su procedencia- aún con vaivenes-, en fallos más recientes.

La existencia de un vacío legal en el orden nacional, tanto de la procedencia del control de oficio como la regulación de ese control en cuanto a los requisitos para su aplicación, conduce a que sólo a través de los fallos de la Corte se pueda elucidar si el instituto objeto de análisis, resulta o no violatorio de la división de poderes, el debido proceso, el consecuente respeto al derecho de defensa en juicio y la presunción de validez de los actos del Estado, siendo -según la doctrina a la que se adhiera en cada resolución-, procedente o no la aplicación del principio *iura novit curia*.

Palabras claves: Control oficioso de constitucionalidad- doctrinas negatoria o admisora -principio *iura novit curia*- vacío legal- creación pretoriana.

## Abstract

*The present doctrinal and jurisprudential arguments that support the origin or not of the unofficial control of constitutionality of the laws and acts of the Legislative and Executive Powers, exercised by the judges of all fueros and degrees by constitutional mandate, given the validity of the system Of diffuse control.*

*It is noteworthy that the positions of the Supreme Court of Justice of the Nation (CSJN) were those that, through a temporary evolution, have marked both the negative rule when *ex officio* action, and the full admission of its origin - even with swings -, in more recent faults.*



**ARRIEGUI, Jorge A.**

*The existence of a legal void, at the national level, that regulates the informal control and the requirements for its application, leads to only through the judgments of the Court can be elucidated if the institute under analysis, whether or not violates The division of powers, due process and the consequent respect for the right to defense at trial and the presumption of validity of acts of the State, being - according to the doctrine to which each resolution is attached - whether or not the principle *Iura novit curia*.*

*Keywords: Informal control of constitutionality - doctrines denial or admission - principle iura novit curia - legal vacuum - pretorian creation.-*



ARRIEGUI, Jorge A.

## Índice

Resumen.....3

## Introducción

### Capítulo I. El control de constitucionalidad.

Introducción.....12

1.1. El concepto de constitución y la supremacía constitucional.....12

1.2. Concepto de control judicial de constitucionalidad.....15

1.2.1. Fundamentos.....19

1.2.2. Requisitos de viabilidad.....19

1.3. Sistemas de Control Judicial de Constitucionalidad: concentrado y difuso.....28

1.3.1. Características del Control de Constitucionalidad en la Argentina.....32

Conclusiones parciales.....37

### Capítulo II. El Control de constitucionalidad de oficio en la doctrina.

Introducción.....40

2.1. Concepto de declaración de inconstitucionalidad de oficio.....40

2.2. Las corrientes doctrinarias respecto del control de constitucional de oficio.....41

2.2.1. La corriente negatoria.....42

2.2.2. La corriente admisoras.....50

Conclusiones parciales.....55



ARRIEGUI, Jorge A.

### **Capítulo III. Evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la declaración de inconstitucionalidad de oficio.**

Introducción.....	60
3.1. Obligatoriedad y efectos de los fallos de la Corte Suprema Justicia de la Nación...	60
3.2. Evolución jurisprudencial en materia de procedencia del control de constitucionalidad de oficio.....	65
3.2.1. Primera Etapa (de 1863 a 1941) o periodo de la necesidad justificatoria.....	65
3.2.2. Segunda Etapa (de 1941 a 1984) Período negatorio con excepciones.....	67
3.2.3. Tercera Etapa (de 1984 a 2001) Período permisivo minoritario.....	69
3.2.4. Cuarta Etapa (2001 a la actualidad) Período permisivo mayoritario y permisivo con limitaciones.....	72
Conclusiones parciales.....	77

### **Capítulo IV. Posición actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ante el control de constitucionalidad de oficio.**

Introducción.....	82
4.1. Los casos “Gómez” y “Strangio” y el retroceso en la postura de la CSJN.....	82
4.2. El caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y Perjuicios” y el regreso a la procedencia del control de constitucionalidad de oficio.....	83
4.3. El fallo “Mansilla Carlos Eugenio c/ Fortbenton Ca. Laboratorios S.A. y otros s/ Despido”. ¿Un nuevo retroceso para el control constitucional de oficio?.....	86
Conclusiones parciales.....	93
<b>CONCLUSIONES FINALES.....</b>	<b>95</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>106</b>



**ARRIEGUI, Jorge A.**



ARRIEGUI, Jorge A.

## Introducción

Dada la ausencia de una norma en el orden nacional -sea en la Constitución o en leyes inferiores-, que refiera a la posibilidad de que los jueces efectúen el control de constitucionalidad de oficio en cualquier tipo de proceso judicial, siendo esa facultad - hasta la fecha-, una creación pretoriana, se ha planteado como problema de investigación, precisamente, si es jurídicamente válido que los jueces ejerzan sin mediar pedido de parte, el control de constitucionalidad de las leyes y actos de los funcionarios.

Como se ha expresado, es la jurisprudencia la que ha establecido la procedencia de este instituto, por lo que existe al respecto un vacío legal que ha favorecido- y continúa favoreciendo- la existencia de posiciones doctrinarias encontradas , cuyos fundamentos serán tema de análisis en el presente, en especial en lo referido al respeto de principios fundamentales de nuestro ordenamiento, como lo son la división de poderes, la igualdad ante la ley, el debido proceso, la presunción de legalidad de las normas y de los actos estatales, y la posibilidad de los jueces de determinar la ley aplicable al caso concreto, traducido en el aforismo “*iura novit curia*”

Por ello, el objetivo general propuesto para esta investigación, es el de determinar si existe una potestad legal-en cabeza de los jueces-, para declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma. Para efectuar ese análisis, se desarrolla el concepto de control de constitucionalidad y sus requisitos de procedencia, para analizar luego la posibilidad de que el mismo se realice de oficio, exponiéndose y analizándose las diversas posiciones doctrinarias al respecto.

Asimismo, a fin de verificar la pertinencia de la hipótesis propuesta consistente en que los jueces pueden válidamente declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, se ha efectuado el desarrollo crítico de la evolución en el tiempo de la doctrina sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), para analizar si existe respaldo jurídico a dicha hipótesis, pese a no encontrarse sustentada normativamente.

En el desarrollo de este trabajo se expone el concepto del término Constitución y del principio de supremacía constitucional, en el que se funda la existencia del control de constitucionalidad.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Se diferencia, a partir de los órganos autorizados para ejercerlo y de las consecuencias de las decisiones judiciales al respecto, los sistemas de control constitucional concentrado y el difuso, -vigente este último en nuestro país y al que la propia Constitución consagra-, en cuanto autoriza a los magistrados a revisar las normas en el caso concreto, siendo sus resoluciones de carácter declarativo, pues si la ley en análisis o parte de su articulado se declara inconstitucional, esa sentencia tendrá sólo efecto entre las partes, por lo que la norma impugnada mantiene su validez para terceros.

En cuanto al marco metodológico, se ha utilizado el tipo de estudio correlacional, cuyo enfoque es cualitativo y tiende a explicar la relación existente entre dos o más conceptos variables, cuales son: el control de constitucionalidad sólo a pedido de parte o la procedencia del control de oficio.

La estrategia metodológica adoptada es la de tipo cualitativo, pues se orienta hacia la exploración, descripción y entendimiento del problema planteado como objeto de estudio.

Se utilizaron en esta investigación fuentes primarias, como libros, monografías, publicaciones especializadas en derecho constitucional, y fallos de la Corte Suprema de Justicia y tribunales inferiores, que refieren al tema en cuestión.

También se recurrió a fuentes secundarias, en especial libros que refieren al tema del control constitucional de las normas, comentarios a fallos y artículos de doctrina contenidos en revistas especializadas.

En cuanto a las fuentes terciarias, que facilitaron la ubicación y obtención de la información de las fuentes anteriores, se ha recurrido a publicaciones periódicas, boletines, conferencias y catálogos de libros básicos.

La técnica de recolección y análisis de datos ha sido la de análisis o investigación documental, que supuso intentar conocer la realidad del objeto de estudio a través de material colectado, para justificar las interpretaciones propias del análisis y la reconstrucción del fenómeno estudiado.

En lo referido a la delimitación temporal, se parte de un fallo de la CSJN que en el año 1865 sienta las bases de la facultad judicial a la que luego se conocería como control de constitucionalidad, precedente jurídico basado en la necesidad de que prevalezca la Constitución sobre cualquier otra



**ARRIEGUI, Jorge A.**

normativa, primando el principio de su supremacía y el deber que tienen los jueces de mantenerlo incólume. Se extiende desde entonces hasta la fecha del presente, mediante el estudio de la evolución jurisprudencial.

El nivel de análisis se efectuará sobre la legislación vigente, doctrina y jurisprudencia.

El desarrollo de esta tesis se ha plasmado en cuatro capítulos, volcándose en los dos primeros conceptos doctrinarios y jurisprudenciales que permiten el análisis de los diversos institutos analizados, para adentrarnos luego, - en los dos capítulos siguientes-, a la evolución y análisis de los fallos, referidos a la creación pretoriana de la CSJN del control de constitucionalidad de oficio.

En el capítulo primero se tratará el instituto de control de constitucionalidad, conceptualizándolo - previa determinación de las definiciones de Constitución y supremacía constitucional-, para luego referir a los fundamentos y los requisitos de viabilidad de dicho control. Asimismo se exponen los dos sistemas más extendidos en occidente para el ejercicio de dicha atribución, como los son el concentrado y el difuso, y se finaliza manifestando cuáles son los caracteres del control de constitucionalidad en nuestro país.

En el capítulo segundo se aborda el instituto del control de oficio en la doctrina. Se expone en qué consiste el mismo y las corrientes, tanto negatoria como admisoras de la oficiosidad en la materia, indicándose quiénes son los juristas que defienden una y otra postura, exponiendo los argumentos en que los autores fundan su posición.

El capítulo tercero entra ya en el estudio de la evolución de la doctrina de la CSJN en la materia, y para ello parte del análisis- tanto doctrinario como jurisprudencial-, referido a la obligatoriedad o no del precedente, para luego adentrarse en las etapas que refieren a la transformación gradual de las posiciones del Supremo Tribunal en la materia, desde 1863 hasta nuestros días.

En el capítulo cuarto, se describen y analizan los fallos recientes, determinándose en cada caso los argumentos que sostienen la procedencia o no del control de oficio, fijándose asimismo la posición que se sustenta en forma personal en el presente.

Como cierre, se exponen las conclusiones finales.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

## **CAPITULO I**

### **El control de constitucionalidad**



ARRIEGUI, Jorge A.

## CAPITULO I

### El control de constitucionalidad

#### Introducción

Desde la antigüedad, todos los grupos sociales han concretado la creación cultural de reglas mínimas, que aseguran la convivencia ordenada y, en la medida de lo posible, pacífica. A partir de esas normas básicas, cuando la composición social se complejizó, surgieron nuevas reglas para articular las nuevas relaciones, hasta llegar a la concreción de un *corpus iuris* que se impone sobre todas las normas y al cual las mismas no pueden contradecir, ni en su letra ni en su espíritu. Se advierte así que la ley surge antes que la Constitución en las ciudades de la antigüedad y que estas evolucionan hasta la sanción de las primeras constituciones, mediante las cuales se jerarquizaron y ordenaron las normas del Estado.

Para adentrarnos en el tema del control de constitucionalidad, se han expuesto los significados del término Constitución primero y luego el concepto y origen de la supremacía constitucional. Para que esa supremacía se consagre y permanezca, ha surgido el instituto del control de constitucionalidad el que, en la práctica, por la diferente organización de las estructuras encargadas de efectuarlo y por sus disímiles efectos, varía en los distintos países, por lo que se determina en qué consiste el mencionado control y las principales formas de efectuarlo- difuso o concentrado-, de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado, precisándose cuáles son sus efectos en cada uno de los sistemas.

Asimismo se ha dedicado un punto completo a analizar los caracteres propios del sistema de control de constitucionalidad en Argentina, destacándose que no existe consagrada normativamente la posibilidad del control oficioso, salvo en una acción específica cual es el amparo, en el que el art. 43 de la Constitución Nacional así lo incorpora.

#### 1.1. El concepto de constitución y la supremacía constitucional.

Tanto en Grecia como en Roma existían constituciones, llamada en la primera *politeía* y en la segunda *res publica*, mas sólo representaban un criterio de orden y medida de las relaciones políticas y sociales de su época, por lo que no tienen relación con la Constitución de los tiempos modernos, en



**ARRIEGUI, Jorge A.**

tanto los antiguos no tenían ninguna soberanía que limitar, ni pensaron en la constitución como norma, la que en la modernidad tendría como objetivo separar a los poderes del Estado y garantizar el ejercicio de los derechos.

Tal como lo sostienen Tamayo y Salmorán (2006), fue la Escuela del Derecho de la Naturaleza y de Gentes la que sistematizó la idea de Constitución, con los primeros colonos ingleses de Norteamérica. Indica que fueron estos quienes distinguieron entre la constitución y las leyes ordinarias, otorgando a la primera superioridad y convirtiéndola en la ley fundamental.

La escuela referida afirma la existencia de un derecho propio de la naturaleza del hombre para obrar libremente y reconoce la necesidad de un consenso, para que pueda fundarse una comunidad política. Por esta razón -sostiene-, la comunidad es producto del apetito social inherente a la naturaleza del hombre y los pactos derivan de ese instinto de sociabilidad. (Tamayo y Salmorán, R., 2006, pág.23-35).

Como resulta indispensable establecer el concepto de constitución, para referirnos primero a su supremacía y luego al control de constitucionalidad de las leyes, se acudió a posiciones doctrinarias acreditadas, para definir debidamente a la que también suele llamarse Ley Fundamental.

Así Carl Schmitt (2003) considera que la palabra constitución reconoce una variedad de sentidos. Uno de ellos es el absoluto, cuyo significado expresa como “la concreta manera de ser propia de cualquier unidad política existente”. A su vez, a la constitución en sentido absoluto normativo, la define como la regulación legal fundamental, o sea un sistema de normas supremas y últimas, por lo que la que considera como “la norma de normas”.

Otro de los sentidos que otorga al término constitución, es el relativo, que consiste en fijarse en la ley constitucional concreta, -la de un Estado en particular- según sus características externas y accesorias, llamadas formales, en lugar del concepto unitario de constitución como un todo. En esta acepción, la Constitución es la ley constitucional en particular, destacándose que las notas formales del concepto son: que sea escrita y que su reforma se asocie a supuestos y procedimientos de mayor dificultad que la modificación de una ley inferior.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Un tercer sentido, desde el cual el autor define a la Constitución, es el positivo, asociando éste a que la misma surge mediante un acto del poder constituyente, por un único momento de decisión. Considera que nace de una decisión política del titular del poder, que en las democracias es el pueblo.

Finalmente, refiere a la Constitución en sentido ideal, a la que llama verdadera o auténtica, en razón de que responde a un cierto modelo o prototipo de perfección. (Schmitt, C., 2003, pág. 30, 58-62).

Es este el sentido con el que surge la idea de Constitución en el Siglo XVIII, dadas las demandas de la burguesía y porque estas Leyes Fundamentales contenían no sólo las garantías de la libertad que esa clase reclamaba, sino también la división de poderes y el hecho de que fueran escritas.

Apoyando los conceptos vertidos en el párrafo anterior, Norberto Bobbio (2005) sostiene que las constituciones liberales se caracterizan por que los derechos del hombre y del ciudadano que consagran son inviolables, no pueden limitarse ni suprimirse. Destaca que esos derechos se garantizan jurídicamente por medio del control constitucional de las leyes, declarando ilegítimas a aquellas que no respetan tales derechos reconocidos expresamente en la Constitución. (Bobbio, N, 2005, p. 478).

Sin perjuicio del tratamiento amplio que se da en el punto siguiente al concepto del control de constitucionalidad es importante, para determinar las condiciones de aplicación del mismo, la acepción de Constitución que expresa Ignacio Burgoa Orihuela (1984), en cuanto refiere a la misma como el ordenamiento fundamental y supremo del Estado que establece su forma y la de su gobierno, crea y estructura sus órganos primarios, proclama los principios políticos y socioeconómicos sobre los que se basan la organización y fines estatales, regula sustantivamente y controla adjetivamente el poder público del Estado, en beneficio de los gobernados. (Burgoa Orihuela, I., 1984, p. 325).

Se advierte entonces que de éste concepto surge que el control de constitucionalidad no refiere exclusivamente a la norma y su contenido, sino a los actos de gobernantes y de gobernados que violen ese ordenamiento fundamental, los que deberán ser revisados judicialmente con el mismo rigor que las leyes.

Asimismo y conforme lo expresado *supra*, el control de constitucionalidad tiende a la protección de los derechos inviolables del hombre, por lo que toda norma o acto que los desconozca, por violar la



ARRIEGUI, Jorge A.

normativa de la ley fundamental, se tornan inconstitucionales y susceptibles de revisión por el poder judicial. Pese a ello, según sea el sistema de control que se adopte, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad varía, dado que cuando se trata del sistema concentrado la ley o el acto violatorio se declara nulo y su efecto resulta *erga omnes*, más en el difuso -como lo es el nuestro- sólo tiene efectos entre las partes del litigio, tal como se detallará más adelante.

## 1.2. Concepto de control judicial de constitucionalidad.

Para comprender la necesidad de la existencia del control judicial de constitucionalidad, resultan de utilidad las consideraciones que realiza el jurista Hans Kelsen (2000), en cuanto distingue entre el sentido material y formal de una Constitución.

Considera que el sentido material está constituido por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y en sentido formal la considera un documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser reformadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de aquellas. (Kelsen, H, 16ava edición 2000).

A partir de estos conceptos, relacionados con el debido respeto de la ley suprema, tanto en el aspecto material como en el formal, se aborda el instituto del control de constitucionalidad, basado en que el mismo no refiere solo a la letra sino también al espíritu de la norma. Además resulta necesario destacar que, si la Constitución sólo puede modificarse por un procedimiento especial, más complejo que el usado para las leyes, cuando las normas o los actos violan a la primera, los que se modifican o se dejan sin efecto -a través del accionar de los jueces- son estos últimos y no la ley fundamental.

Para determinar en qué consiste el control de constitucionalidad, dado el vacío legal existente en la materia y el surgimiento de este instituto como una creación pretoriana, se parte de la definición que al respecto realizó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1865, cuando manifestó que el mismo refiere tanto a la atribución como al deber que tienen los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión.

Sostuvo el fallo que los jueces deben compararlas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con éste, y abstenerse de aplicarlas si las encuentra en oposición. Indica



ARRIEGUI, Jorge A.

que ésta es una atribución que asegura los fines supremos y fundamentales del poder judicial y manifiesta que es una de las mayores garantías para asegurar los derechos consagrados por la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos<sup>1</sup>.

Es importante destacar que el primer antecedente del Control de Constitucionalidad data de un *leading case* de la Corte Norteamericana del año 1803 caratulado “Marbury v. Madison”<sup>2</sup>.

En este fallo el Juez Marshall consideró que existían dos alternativas para resolver el caso: una de ellas era la de considerar si la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, y la otra, si el Congreso tiene facultades para alterar la Constitución, mediante una ley ordinaria.

Planteaba asimismo que, entre tales alternativas, no hay términos medios. La primera es considerar a la Constitución como la ley suprema, que no puede modificarse por medios ordinarios. La segunda es la de estimar que se encuentra al mismo nivel que las leyes y, por lo pronto, -igual que cualquiera de ellas-, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que el Congreso decida hacerlo.

Afirmó entonces que si es cierta la primera alternativa, una ley contraria a la Constitución no es ley, pero que,- en cambio-, si es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas “son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.”

Desde la posición planteada en el fallo citado, en este trabajo se deduce, partiendo de la validez de la primera de las alternativas expuestas *supra*, que todo sistema de control de constitucionalidad tiende a determinar si las leyes o los actos de los poderes públicos, son acordes con la Constitución, para que su supremacía se encuentre asegurada. Este argumento se fundamenta en las disposiciones de nuestra propia Constitución, dado que la misma, en su art. 30, establece un procedimiento especial y distinto al que corresponde a las leyes ordinarias, para que proceda su modificación.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>CSJN. Fallos 3:131, “Don Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación”, sentencia del 5 de diciembre de 1865.

<sup>2</sup> Corte US. ”Madison c/Marbury, 1803.

<sup>3</sup>Constitución Nacional. Artículo 30.- La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Hoy se plantea -además de control de constitucionalidad-, el control de convencionalidad, dado que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado al bloque de constitucionalidad, a través del art 75 inc., 22, a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, con la misma jerarquía que la Constitución.

Consecuentemente, el control de convencionalidad amplía el espectro de la debida vigilancia por parte del poder judicial. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), órgano de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha señalado que:

...los tribunales locales no deben limitarse a analizar si una ley es o no inconstitucional, sino que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana<sup>4</sup>.

Un fundamentado análisis realizado al respecto por el Dr. Alberto Bianchi, plantea que podría tratarse del control de supremacía de las decisiones de la CIDH sobre normas de derecho interno, lo que significaría el abandono de nuestra soberanía judicial. Aclara que cuando el Estado ha sido parte en el proceso, no está en discusión que las sentencias de esta Corte sean obligatorias para el mismo, conforme lo expresado en el art. 68 de la Convención, en cuanto refiere a que los Estados Partes de la misma se comprometen a cumplir la decisión de la Corte, en todos los casos en que sean partes.

Muy distinta es la situación, en cuanto al efecto vinculante de las sentencias dictadas, en aquellos casos en donde el Estado no ha sido parte, pues no se trata del efecto directo de un fallo, sino del efecto vinculante del precedente. Como la Convención Americana de Derechos Humanos nada dice al respecto, indaga el autor en las posiciones adoptadas al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por nuestra propia Corte Suprema de Justicia.

Indica que la CIDH ha sostenido que el Poder Judicial de los Estados debe tener en cuenta, además del tratado, la exégesis que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, por ser la intérprete última de la Convención. Afín con esos conceptos, la Corte Suprema argentina sostuvo, en el caso Julio L.

---

<sup>4</sup>Corte IDH: Caso “Boyce y otros Vs. Barbados”, párrafo 78, sent. del 20/11/2007; “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, párrafo 124, sent. del 26/09/2006 y “Caso La Cantuta Vs. Perú”, párrafo 173, sent. del 29/11/2006.



ARRIEGUI, Jorge A.

Mazzeo<sup>5</sup>, que la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Si bien la doctrina al respecto no es uniforme, como su exposición excede el marco del presente trabajo, se plantean sólo las conclusiones de Bianchi, quien interpreta que no se trata de otorgar a la jurisprudencia de la CIDH una fuerza vinculante, sino la obligación de tenerla en cuenta, lo que no implica -necesariamente-, acatarla. Agrega que no existe norma alguna en la Convención que le otorgue a la CIDH poder para imponer a los Estados miembros de la Convención, la obligación de "acatar" su jurisprudencia bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional pues, como ya se expresó, la responsabilidad sólo surge cuando se incumplen fallos en casos en los que el Estado es parte.

Afirma asimismo Bianchi que, la modificación efectuada con la reforma constitucional de 1994, que otorga jerarquía constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos, no modificó el sistema judicial argentino, ni en lo formal ni en lo sustancial. Desde lo formal, pone en evidencia que la Convención constituyente no estaba habilitada para modificar los arts. 108<sup>6</sup> y 116<sup>7</sup> de la CN, por lo que la CSJN es el tribunal de última instancia para asuntos constitucionales y toda alteración será nula de nulidad absoluta. Desde lo sustancial, si bien la reforma constitucional otorgó a la Convención rango constitucional, no modificó el texto de los artículos citados, por lo que si antes de 1994 la Corte Suprema era el tribunal de última instancia de nuestro país, luego de ella no ha dejado de serlo. (Bianchi, A. 1992, pág. 204, 362, 326).

El problema radica en que -tal como se ha expresado- es la propia CSJN quien sostuvo que la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconociendo entonces que el Poder judicial de los Estados no

---

<sup>5</sup>CSJN "Julio Mazzeo" Fallos 330:3248 (2007); LA LEY 18/07/2007; AR/JUR/2751/2007.

<sup>6</sup>Constitución Nacional .Artículo 108.- El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación

<sup>7</sup> C.N. Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

sólo debe regirse por el tratado, sino también por la interpretación que del mismo, hace la Corte Interamericana en sus fallos.

Por las razones expuestas, estima Bianchi que el control de convencionalidad puede llegar a concretarse en una entrega de una parte importante nuestra soberanía judicial, en manos de la CIDH. (Bianchi, A., 2010, E426).

Pese a lo manifestado por el autor, y volviendo al concepto de constitución en sentido material que define Hans Kelsen, resulta un reaseguro del ciudadano contar con la interpretación de nuestros derechos no sólo en el orden interno, sino también en el marco internacional, para que los vaivenes políticos domésticos que suelen reflejarse incluso en la integración de nuestra más alta magistratura, no coadyuven a desnaturalizar las facultades reconocidas a los ciudadanos en los convenios suscriptos por el Estado Nacional, aun cuando esas interpretaciones correspondan a casos sometidos a la CIDH, en los que éste último no es parte.

Pese a que el autor consideró como problema la decisión de nuestra CSJN referida a que, para la interpretación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos corresponde que el poder judicial de nuestro país aplique no sólo el tratado, sino también la interpretación que la Corte Interamericana haga de sus disposiciones, se estima que ese problema no existe, en la medida en que no deviene en responsabilidad internacional para el país, una decisión que no sea acorde con la interpretación de la CIDH. Pero, si se siguen en el orden interno los lineamientos de ésta, existe una doble protección de los derechos, la propia de nuestro país y la del derecho internacional, por lo que cuanto mayor sea el amparo otorgado a los mismos, éstos se fortalecen lo que más que un problema es una solución.

### **1.2.1. Fundamentos.**

Los fundamentos del control de constitucionalidad radican en la importancia de asegurar la vigencia de la supremacía constitucional, más resulta esencial para el desarrollo de este punto, definir en qué consiste esa supremacía.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Para determinar ese concepto, el Dr. Bidart Campos (1981), sostiene que la constitución es suprema, pues es el primer fundamento tanto del orden jurídico como del Estado mismo. Afirma que la doctrina de la supremacía constitucional determina que exista un control de constitucionalidad, para que las normas jurídicas inferiores se adecuen a esta Ley Suprema, ya que las leyes y los actos contrarios a aquella carecen de validez si son inconstitucionales o anticonstitucionales.(Bidart Campos, G. 1981, pág. 205).

Este principio de supremacía, se encuentra contemplado en la Constitución de la Nación Argentina, pues el art. 31 de la misma, al establecer el orden de prelación de las normas, la coloca en el vértice de la pirámide, y en su art. 5° autoriza a las provincias para dictar sus propias constituciones, siempre que respeten el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional.

Como ya se expresó, con la reforma de 1994, el art. 75, inc.22, otorga a los tratados internacionales de derechos humanos jerarquía constitucional, ampliando así las normas fundamentales que las leyes inferiores deben respetar.(Schiavo, S. “*El Control de Constitucionalidad. Análisis Comparativo entre la Argentina e Italia*”, Revista del Equipo Federal del Trabajo N° 53 del 04/10/2009. [www.eft.org.ar](http://www.eft.org.ar). Consultado el 6/6/2017).

Ahora bien, deben determinarse cuáles son las normas sometidas a control de constitucionalidad. Es importante destacar al respecto, que no sólo las normas inferiores son revisables mediante este sistema de control, sino que también lo son las contenidas en la propia Constitución.

Ello quedó demostrado cuando la CSJN, en el Caso Fayt del 19 de agosto de 1999, declaró la invalidez de cláusulas de la Constitución (art. 99 inc. 4° párrafo 3° y de la cláusula transitoria n° 11, normas incorporadas con la reforma de 1994), porque la Comisión Reformadora había incurrido en un exceso respecto de su competencia (Resumen del caso Fayt. <https://fallosderecho.wordpress.com/2015/10/10/resumen-fallo-fayt/> consultado el 1/7/2017).

### **1.2.2. Requisitos de viabilidad.**



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Antes de tratar los requisitos para la procedencia del control de constitucionalidad debe destacarse que, en las cuestiones de hecho, el juez depende de lo que las partes aleguen y prueban pero que, en las de derecho, su decisión es independiente de las partes.

Ello es así en cuanto le incumbe al juez la debida aplicación del derecho, y allí resulta procedente la introducción del principio “*iura novit curia*”, en virtud del cual el juez suplente el derecho que las partes no invocan o que invocan erróneamente. Por ello, si bien el juez depende de las partes en “lo que tiene que fallar”, no existe esa dependencia respecto de “cómo debe fallar”.

Uno de los requisitos tradicionales para la procedencia del control de constitucionalidades que exista una causa judicial, ya que en virtud del mismo ese control sólo puede hacerse en el marco de un proceso judicial. Ello implica que exista de un particular que incite la jurisdicción, dando origen a un proceso que culmina en la sentencia.

En tal sentido se expresa el Dr. Abel Cornejo (2015), manifestando que el Poder Judicial no fue instituido para resolver cuestiones genéricas, sino casos concretos y demostrables en donde una pugna de intereses no resueltos encuentre una solución pacífica de los conflictos. Por ello, sostiene que las abstracciones y generalidades poco tienen que ver con la revisión constitucional del caso concreto y sólo cuando ese caso existe y es contencioso hay caso judicial, lo que permite ejercer el control de constitucionalidad por parte de los Tribunales. (Cornejo, A., 2015 “Caso Judicial y Control de Constitucionalidad” Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta).

A su vez, el Dr. Lino Enrique Palacio (2011) enseña que el control de constitucionalidad se halla sujeto a limitaciones de diverso orden, entre ellas que no puede ser ejercido por propia iniciativa del Poder Judicial, sino tan solo con motivo de los casos concretos sometidos a la decisión de los tribunales. Expresa al respecto que los jueces no tienen facultades para formular declaraciones generales o en abstracto acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes o actos emanados de los otros poderes del Estado, en tanto la aplicación de éstos no haya originado un litigio, cuya solución requiera pronunciamiento sobre una cuestión constitucional. Afirma que una posición contraria alteraría el equilibrio que debe existir entre los distintos poderes. (Palacio, L., 2011, Tomo II, pág. 190 y ss.).



**ARRIEGUI, Jorge A.**

De lo hasta aquí expuesto, resultaría que no existe una acción autónoma de inconstitucionalidad sino que todo planteo debería realizarse dentro de un proceso promovido por las partes, el que- además-, debe ser contencioso.

Pese a la afirmación del párrafo anterior, el Dr. Alberto Bianchi (1992) sostiene y fundamenta que la acción declarativa de certeza puede ser una vía idónea para el control de constitucionalidad.

Indica que, en tal supuesto, no habrá caso contencioso, sino solamente una parte que solicita el cese un estado de incertidumbre respecto de una cuestión concreta, que debe ser descripta y determinada. La resolución que declare cuál es la norma aplicable al caso, haciendo cesar el estado de incerteza, determinará también la inconstitucionalidad de la otra u otras normas que pudieran pretender aplicarse.

Surge entonces el interrogante: ¿implica ello una excepción al principio del caso concreto y contencioso?.

Es Ricardo Haro quien, con sólidos argumentos, lo responde. Al efecto sostiene que la acción declarativa de certeza es una de las más novedosas vías procesales para la actuación del control de constitucionalidad, la que no ha nacido de una norma legislada sino de un desarrollo jurisprudencial de la CSJN.

Indica que la pretensión declarativa tiende a obtener un pronunciamiento que elimine la falta de certeza respecto de “la existencia, la eficacia, la modalidad o la interpretación de una relación o estado jurídico”, por lo que la sentencia respecto de una pretensión determinativa contiene, necesariamente, una previa declaración acerca de la relación jurídica controvertida, de la que surgirá la existencia o inexistencia de los derechos u obligaciones de que se trate. En definitiva, la sentencia meramente declarativa no requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho, y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una relación jurídica.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Pero, agrega Haro, cuando en esa pretensión declarativa la incertidumbre está motivada por la inconstitucionalidad de una norma, existe una acción declarativa de inconstitucionalidad.

Destaca que la CSJN, durante medio siglo, rechazó la posibilidad de interponerla, y que recién la admite como tal en 1985. Las razones del desconocimiento jurisprudencial de su procedencia, manifestadas en fallos sucesivos, las resume así el autor: 1) El control de constitucionalidad requiere de la existencia de un “caso” o “controversia judicial”, es decir, de procedimientos litigiosos o controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos. 2) La exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los “casos contenciosos”, excluye las declaraciones generales y directas de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes. 3) La aplicación de las leyes de la Nación, no puede impedirse por medio de la promoción de un juicio declarativo de inconstitucionalidad, dado que, con arreglo a la ley 27, art. 2º, no existe en el orden nacional acción declarativa de inconstitucionalidad. 4) El principio de separación de los poderes impide al juez la invalidación genérica de las leyes objetadas. 5) No es procedente, por vía de aplicación del art. 322 C.P.C.C.N., el planteamiento de declaraciones de inconstitucionalidad abstractas o de mera certeza.

Más, basado en la posición de la jurisprudencia posterior a 1985, Haro afirma que la acción meramente declarativa de certeza reúne las condiciones de causa contenciosa, dado que existe una controversia referida a disímiles interpretaciones del derecho referidas a la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, y ello exige efectuar el control de constitucionalidad de las normas que se analizan, pero indica que ese control no consiste en una acción directa de inconstitucionalidad, sino que se encuentra subsumida en la acción de declaración de certeza, en la que se debe decidir respecto de la validez constitucional de la norma en cuestión.

Por las razones que expone, concluye que la acción declarativa de inconstitucionalidad no viola la exigencia de la existencia del caso contencioso y menos aún se manifiesta en declaraciones generales o abstractas de inconstitucionalidad, por lo que no se viola el principio de división de poderes. (Haro, R. “La doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad”).

Artículo

rescatado

de

Pág.

web:



ARRIEGUI, Jorge A.

[www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artacciondeclarativadeinconstitucionalidad](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artacciondeclarativadeinconstitucionalidad), consultado el 1/6/2017).

De lo expuesto resulta que, para que la acción meramente declarativa proceda, debe existir en primer lugar un estado de incertidumbre respecto de la existencia, el alcance o las modalidades de una relación jurídica, dado que la seguridad jurídica exige certeza respecto tanto del texto, como de la interpretación de la norma. Pero, además, esa falta de certeza debe hacer surgir la posibilidad de que se produzca un perjuicio o una lesión actual al actor y no debe existir otro remedio legal para poner fin, en forma inmediata, a esa incertidumbre.

Luego de estas consideraciones debe destacarse cómo surge, jurisprudencialmente, esta acción declarativa de inconstitucionalidad, a partir del caso “Pvcia. de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Y.P.F.”. La plantea la provincia como amparo, pues había sancionado una ley en materia tributaria, fijando una tasa de retribución de servicios sobre el precio de las naftas super y común del 5 % y del 2,5 % sobre el gasoil. Oponiéndose a esta medida, la divisional Salta de YPF comunica telegráficamente a los expendedores de combustibles, que debían abstenerse de modificar los precios, bajo apercibimiento de sanciones.

Al plantear la provincia el amparo, invocando la inconstitucionalidad del acto, la Corte Suprema hace lugar a la misma con los siguientes fundamentos: 1) el caso respondía a una declaración de certeza, ya que no era meramente consultivo ni respondía a una indagación especulativa, sino que se trataba de un “caso” para prevenir las relaciones legales que vinculaban a las partes en conflicto. 2) el caso refería a un conflicto de competencia entre los poderes del gobierno federal y los de una provincia, que atribuía ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, no siendo procedente la acción de amparo sino la acción declarativa, para dar satisfacción al interés de la actora con una declaración de certeza. 3) considera procedente la acción declarativa cuya finalidad es preventiva y no requiere la existencia del daño consumado. 4) estima que debe prescindirse del *nomen iuris* utilizado, -cual fue el de acción de amparo-, para atender a la sustancia real de lo solicitado, aplicando las reglas de la acción declarativa de certeza. 5) que esta acción es un recaudo apto para evitar el perjuicio eventual que la actora invoca, cual sería la suspensión del suministro de combustibles, ya que pide al



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Tribunal se expida respecto de una relación jurídica discutida e incierta.6) que la indefinición revela un interés real, cierto y concreto del demandante, quien requiere una protección legal actual. 7) se atribuye al acto cuestionado ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal.

A través de este fallo, la Corte le da vida a la acción declarativa de inconstitucionalidad que, hasta la fecha del mismo, había sido negada por la jurisprudencia, y la subsume en la acción declarativa de certeza- a la que considera idónea para solucionar la incertidumbre de los alcances de una relación jurídica-, pudiendo requerirse así el control de constitucionalidad por estar en juego la validez de un acto estatal federal.

Siguiendo el razonamiento del Dr. Ricardo Haro, los presupuestos que definen esa acción declarativa de inconstitucionalidad, para que la misma sea procedente, pueden sintetizarse como sigue:

- su planteo debe efectuarse ante los tribunales inferiores, salvo en los casos donde la CSJN tenga competencia originaria.
- para la procedencia del control de constitucionalidad sobre actividades de los poderes ejecutivo y legislativo, se requiere de casos contenciosos, conforme lo dispuesto por los arts. 116 y 117 de la CN y 2° de la Ley 27.
- en esas causas contenciosas debe perseguirse, en concreto, la determinación del derecho debatido.
- en la acción interpuesta se solicita la declaración de certeza, y ello no tiene carácter consultivo ni indagación meramente especulativa.
- no requiere -dado el carácter preventivo de la acción declarativa- la existencia de daño consumado, y mediante la declaración de certeza se satisface el interés de la actora.

En definitiva, y como la propia reforma constitucional de 1994 lo ha receptado, puede afirmarse que existe en el orden federal la acción declarativa de inconstitucionalidad, como expresamente lo refiere la CN para el caso del amparo, pero ello no quita que el caso judicial concreto deba existir y se plantee, demostrando la posibilidad del daño o la concreción del mismo, respecto del interés legítimo del actor.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Lo que sí ha cambiado es la posibilidad de que el objetivo del caso planteado no sea necesariamente la reparación del daño o la cesación de conductas que puedan dañar, sino la declaración de certeza respecto de la aplicabilidad o no de una ley, la que- en caso de negarse-, implica la inconstitucionalidad de la norma.

Volviendo a los requisitos para la procedencia del control de constitucionalidad, la ley o el acto presuntamente inconstitucionales, debe causar gravamen al interés del titular de un derecho.

En efecto, la facultad de peticionar y obtener el ejercicio del control judicial de constitucionalidad, sólo corresponde al titular actual del derecho que se pretende vulnerado, pues carecería de interés jurídico suficiente, por ejemplo, quien renunció al derecho que alega.

Un tercer requisito, que estuvo vigente hasta 2004, cuando cambia la jurisprudencia de la Corte, tal como se verá acabadamente en el capítulo III de este trabajo, exigía que en la causa hubiera mediado petición de parte interesada. En ese año, en el fallo “Banco Comercial de Finanzas”, la CSJN admitió el control oficioso de inconstitucionalidad<sup>8</sup>.

En cuanto a las cuestiones susceptibles de ser objeto de control constitucional, no se juzgan ni se controlan las llamadas cuestiones políticas, que se denominan también “no judiciales”, tales como la declaración del estado de sitio, la intervención federal, la declaración de guerra, las causas determinantes de la acefalía presidencial, la declaración de necesidad de la reforma constitucional, la declaración de utilidad pública en la expropiación, entre otras.

Fue recién a mediados del Siglo XX cuando se admitió la revisión de los actos ejecutivos y legislativos, a fin de establecer su armonía o convergencia con los derechos y garantías constitucionales. Pero, tal como se expresó supra, ello no significa judicializar la política ni politizar la justicia – como afirma el Dr. Fayt (1995) – ni establecer lo que llama la “judiciocracia”, pues no se trata de juzgar todos los conflictos que se produzcan en los procesos

---

<sup>8</sup> CSJN, “Banco Comercial Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra” 19 de agosto de 2004. <https://fallosderecho.wordpress.com/2015/08/26/fallo-banco>. Consultado el 2/5/2017.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

del poder, sino de asegurar,- en los casos y controversias-, las consecuencias de los actos que hubieran afectado derechos individuales:

*...todo dentro de un marco de interfuncionalidad, complementación y reciprocidad, en el respeto de las competencias asignadas por la Constitución y las leyes a los restantes poderes del Estado” (Fayt, C. “Nuevas fronteras del derecho constitucional: la dimensión política institucional de la Corte Suprema de Justicia de la nación”. La Ley, Bs.As., 1995, pág. 6.).*

El control de constitucionalidad -afirma el destacado autor- tiene un límite representado por cuestiones cuya decisión corresponde, con carácter privativo, a los otros poderes del Estado, las que exceden la jurisdicción de los tribunales de justicia. Esas cuestiones limitantes refieren a facultades privativas de sus respectivos titulares, como las consistentes en señalar los delitos a que ha de referirse una ley de amnistía; arrestar y trasladar personas durante el estado de sitio; intervenir las provincias, indultar y conmutar penas; nombrar y remover a los principales cuadros de la administración; organizar las elecciones y los padrones electorales; hacer la declaración de utilidad pública a los fines de la expropiación.

Pero, agrega, cuando pueden encontrarse afectadas las garantías constitucionales, pese a que los jueces carecen de atribuciones para juzgar acerca de la oportunidad o conveniencia de los actos cumplidos por los otros poderes, en ejercicio de facultades privativas, se admite el control judicial en los casos en los que las medidas adoptadas impliquen una transgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Constitución. (Fayt, 1995, ob.cit.).

Para determinar cuál es el criterio con el cual los tribunales deben expedirse en las cuestiones de constitucionalidad, la Corte Suprema estableció dos directivas. La primera, refiere a que los jueces deben interpretar los textos impugnados de forma tal que concuerden con los principios y garantías constitucionales, declarando la inconstitucionalidad sólo en aquellos casos en los que mantener la constitucionalidad de la norma violente la letra o el espíritu de la Constitución.

La segunda directiva es la que refiere a la “regla de la duda”, por lo que la inconstitucionalidad de una ley sólo puede declararse cuando la misma repugne a una cláusula constitucional en forma



ARRIEGUI, Jorge A.

manifiesta. En caso de duda, se debe resolver a favor de la constitucionalidad de la misma. (Palacio, L. 2011, Tomo II, pág. 190 y ss).

### **1.3. Sistemas de Control Judicial de Constitucionalidad: concentrado y difuso.**

Para referir a los modelos de control de constitucionalidad, un artículo de la Dra. Elena I. Highton nos ilustra cuando manifiesta que los dos modelos institucionales primarios del derecho occidental, en materia de control de constitucionalidad, son el sistema norteamericano o de control difuso adoptado por nuestro país y el sistema europeo continental o de control concentrado, diferenciándose ambos tanto en cuanto al órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad, como respecto a los efectos de sus sentencias.

Así, en el sistema difuso, son los jueces del poder judicial quienes tienen a su cargo la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando en sus sentencias el principio de la supremacía constitucional. Ello implica que a todos los jueces les compete la tarea de control de legalidad y de constitucionalidad.

En el sistema concentrado, que responde al modelo europeo, el ejercicio del control de constitucionalidad se centraliza en un único órgano, que no forma parte del Poder Judicial, está fuera de su estructura normativa y se denomina Tribunal Constitucional.

Siguiendo con su análisis de los sistemas, la Dra. Highton indica que aparece en América un tercer sistema, por el cual se instala -dentro del poder judicial-, a jueces especializados, los que actúan como sala dentro del Tribunal Supremo, constituyéndose así en el único órgano que tiene la palabra final sobre la interpretación constitucional, aun permitiendo el control difuso por parte de los jueces comunes, lo que supone que se llega a este órgano a través de recursos. (Highton E. “*Sistema Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad*”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/10.pdf>, consultada el 3/6/2017).

En cuanto al efecto de sus decisiones, la resolución de los tribunales constitucionales -en el sistema concentrado-, tienen consecuencias *erga omnes*, y en muchos casos, cuando la ley se declara



**ARRIEGUI, Jorge A.**

inconstitucional queda derogada, por lo que el tribunal constitucional, tal como lo expresa Highton, se constituye en un “legislador negativo”. En cambio, en el sistema difuso, los fallos judiciales al respecto sólo tienen efecto entre las partes, aun cuando pueden constituirse en un precedente, con distinta incidencia según sea el caso al que refiera.

Destaca la autora que, pese a que tanto un tribunal constitucional como el poder judicial en general aplican el derecho, el sistema difuso sólo origina actos individuales- afecta sólo a las partes del proceso en el que se declara la constitucionalidad o no de las leyes-, mientras que el primero anula una norma general cuando la declara inconstitucional.

Refiere a la posición de Kelsen con relación al sistema concentrado, quien sostenía que la función del tribunal constitucional no era política sino judicial, pero con matices que lo distinguen de ese sistema, en tanto no enjuicia “casos concretos” sino que sólo controla la compatibilidad entre dos normas: la Constitución y una ley, -ambas igualmente abstractas-, y elimina la norma que es incompatible con la ley suprema, dictando una sentencia de carácter constitutivo. Agrega que, si bien el tribunal no puede crear leyes, cuando entiende que una de ellas vulnera las disposiciones constitucionales, puede derogarla total o parcialmente.

Basado en la doctrina kelseniana, surge en Austria el primer tribunal constitucional especializado, y la constitución austríaca dispone que los fallos de este tribunal, en cuanto anule una ley por anticonstitucional, obliga a las autoridades competentes a publicar sin demora la derogación, a fin de que se conozca su nulidad.

En el sistema concentrado puro, la regla es la abstracción y la generalidad del pronunciamiento, más en el sistema de control difuso, al encontrarse circunscripto al ámbito de las partes, los jueces resuelven en el caso concreto los conflictos intersubjetivos e interpretan la constitución frente a un acto contrario a sus disposiciones. Debe destacarse que la decisión de un juez inferior tiene la misma legitimidad que la del Tribunal Supremo del sistema judicial, pues todos ellos están autorizados por la constitución, para tratar esta cuestión.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Destaca Highton que, las diferencias entre los dos modelos, responden tanto a circunstancias históricas disímiles como a las distintas posiciones filosóficas existentes -en Estados Unidos y en Europa-, en el momento histórico en que fueron diseñados. Sostiene así que esas diferencias se pusieron de manifiesto en “una distinta organización del Estado, y, muy especialmente, un distinto órgano en quien depositar la confianza/desconfianza”.

En apoyo de lo expuesto, destaca que los colonos americanos fueron influenciados por el derecho británico, ya que la opresión a la que estuvieron sometidas las colonias por parte del parlamento inglés, llevó a que acudieran a la tesis del *higher law*, es decir un derecho superior a las leyes, al que debía supeditarse la validez de aquellas, posición contraria a las ideas británicas que sólo reconocían la supremacía parlamentaria.

Los colonos americanos utilizaron la idea de constitución como la de una norma fundamental, a la que el parlamento no podía contradecir, y encargaron a los jueces el control de su respeto, para poner límites al poder legislativo. De esa manera, justificaron la rebelión ante el desconocimiento de esa atribución por parte del parlamento inglés, y fundaron en esta conducta su lucha por la independencia. Una vez conseguida la misma, permaneció en los americanos la idea de que el parlamento podía ser una fuente de sometimiento, por lo que elaboraron un derecho que fuera superior a aquél, un conjunto de normas fundamentales que el parlamento debía respetar, lo que no fue otra cosa que la Constitución, respeto que debía ser controlado por los jueces, siendo este poder una gran barrera contra los excesos de la legislatura, ya que los magistrados debían fundar sus decisiones en la Constitución y ello les permitía no aplicar las leyes que consideraran inconstitucionales.

Lo expuesto se materializó en el caso “Marbury vs. Madison”, a cuyos argumentos ya se ha hecho referencia, fallo que sienta el precedente del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

En cuanto a la evolución histórica del sistema concentrado, en Europa y en especial en Francia, la revolución no se originó por la opresión del parlamento sino que fue una reacción ante el poder despótico del monarca y contra el accionar de los jueces, quienes no se oponían a ese poder absoluto sino que defendían los valores tradicionales, propios de las estructuras feudales, y paralizaban incluso



**ARRIEGUI, Jorge A.**

las reformas moderadas que el propio monarca estaba dispuesto a reconocer para evitar la explosión de la burguesía. Dadas estas razones, existía desconfianza en el control judicial, pero se respetaba al parlamento y se consideraba a la ley como resultado de la racionalidad del sistema político y fuente de legitimidad de la actuación de los demás poderes. Consideraron que el juez debía someterse a la ley y limitarse a su aplicación, no pudiendo anularlas o dejar de aplicarlas.

A partir del imperio del principio de legalidad, como único criterio de identificación del derecho válido, surge el Estado de derecho legislativo. En este contexto, las normas jurídicas son válidas no por ser justas sino por haber sido dictadas por la autoridad competente. La ley era un acto normativo supremo y los jueces debían limitarse a aplicarla. Hasta la Segunda Guerra Mundial no existió la idea de que el poder legislativo debía ser controlado por el Poder Judicial, pero el surgimiento de los regímenes totalitarios, vigentes hasta la segunda postguerra, provocaron que se abandonara la concepción de las leyes como infalibles, siendo necesario limitar al poder legislativo para que se lo someta al control jurisdiccional a través de la creación de tribunales constitucionales, los que supervisarían la conformidad de las leyes con la Constitución.

Sostiene Highton que la función de los jueces -en ambos sistemas- no es tan dispar, ya que al tener la obligación de decidir conforme a la normativa vigente -incluida obviamente la Constitución-, su primera función es el examen de constitucionalidad, es decir la interpretación judicial de la ley. Por ello, cuando los jueces aplican la norma en el caso concreto, su primer examen es ponderar si es constitucional, ya que en caso de no serlo se inicia el procedimiento de constitucionalidad/inconstitucionalidad. En el sistema difuso el juez actuante declarará esa condición de la norma, más en el sistema concentrado, elevará el caso al Tribunal Constitucional.

Para dar por concluido el análisis efectuado al artículo de la Dra. Highton, debe destacarse su posición respecto a que la Corte Suprema de la Nación se ha configurado como un verdadero Tribunal Constitucional, por obra de la jurisprudencia. Manifiesta al respecto que, cuando el control de constitucionalidad lo ejerce la CSJN, si bien sus fallos no son obligatorios para los tribunales inferiores, lo hace como intérprete final de la constitución, teniendo sus decisiones autoridad moral



**ARRIEGUI, Jorge A.**

sobre los jueces inferiores, entendiéndose que éstos no pueden apartarse de los precedentes de la Corte sin aportar elementos nuevos, que no hayan sido considerados por aquella. (Highton E., ob.cit).

De lo expuesto es importante destacar que tanto los letrados en sus demandas y contestaciones, como los jueces de grado y las cámaras de apelaciones, al exponer el derecho aplicable al caso concreto, citan en respaldo de sus peticiones las decisiones de la CSJN en casos similares. Ello implica que existe un precedente que se respeta, por lo que la manifestación de la Dra. Highton en lo referente a que la Corte, en la práctica jurisdiccional, se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional al ser el último intérprete de la Ley Fundamental, resulta válida. No obstante ello debe recordarse que existe una diferencia fundamental, relacionada con los efectos de sus fallos, en tanto son declarativos y no constitutivos de inconstitucionalidad. Ello implica que la ley no se deroga con efecto erga omnes, sino que -al aplicarse sólo en el caso concreto-, tiene efecto inter partes. Es verdad que llegado el caso a la Corte, por vía de los sucesivos recursos, ésta fallará conforme a sus precedentes, pero ello no evita el desgaste jurisdiccional que implica recorrer todas las instancias para llegar a la declaración de inaplicabilidad de la ley en un nuevo “caso concreto”.

### **1.3.1. Características del Control de Constitucionalidad en la Argentina.**

En nuestro país rige el sistema de control de constitucionalidad difuso, en tanto esta función compete a cualquier juez de cualquier fuero o instancia, tanto en el orden federal como provincial, pudiendo llegarse hasta la CSJN, a través de Recurso Extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48, salvo en los casos donde la competencia de aquella fuera originaria.

La declaración judicial de inconstitucionalidad sólo produce efectos entre las partes, en oposición a lo que sucede en el sistema concentrado de los países europeos y de algunos sistemas latinoamericanos en los que el control de constitucionalidad funciona en abstracto, con efecto "erga omnes" y derogatorio de la norma.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Debe destacarse que, además, es exclusivo del poder judicial este control, y en tal sentido se ha expedido la Corte en autos “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal SA c/ Provincia de Salta”<sup>9</sup>, en cuanto manifiesta que cualesquiera sean las facultades del poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no es de su incumbencia declarar la inconstitucionalidad de éstas, porque el poder judicial es el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo. Afirma asimismo que el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las normas y actos, por parte de los jueces, debe ejercitarse según ellos sean competentes en el caso concreto, en función del grado, materia, valor, turno, etc. (Bidart Campos, G., 2001, T. I, Pág.356).

En autos “Rodríguez, Jorge”<sup>10</sup>, la Corte advirtió que en ciertos conflictos de poderes, como en casos de posible invasión de un juez respecto de atribuciones privativas del Congreso o del Presidente, es competente para entender en el asunto la Corte Suprema, como guardián e intérprete final de la constitución, en resguardo del principio de la división de los poderes (Sagües, N., 1999, T.I, pág. 278).

La forma de acceder al control de constitucionalidad es la vía incidental, indirecta o de excepción, en la cual la cuestión de constitucionalidad se introduce dentro de un proceso, cuyo objeto principal no es la posible declaración de inconstitucionalidad, sino otro distinto. (Bidart Campos, 2001, T. I, Pág.356).

La declaración de inconstitucionalidad produce efectos limitados, pues al ser declarativa la sentencia de inconstitucionalidad, sólo implica no aplicar la norma en el caso resuelto. El efecto es entonces restringido o inter-partes, dejando subsistente la vigencia de la norma fuera de ese caso. Ello implica que lo decidido en una causa se aplica sólo a ella, sin derogar a la norma reputada inconstitucional<sup>11</sup>.

La Corte ha extendido el valor de su propia jurisprudencia en el fallo “Cerámica San Lorenzo”<sup>12</sup>, dándole efecto vinculante, configurando así una regla de derecho constitucional consuetudinario. Hubo fallos en los que argumentó que los jueces tenían el deber moral de seguir sus directrices y en

<sup>9</sup>CSJN. “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal SA c/ Provincia de Salta”, 8 de noviembre de 1967.

<sup>10</sup>CSJN “Rodríguez, Jorge”, 1997. LL, 1997-F-884.

<sup>11</sup>CSJN, “Rodríguez Larreta de Zuberbuhler”, LL, 72-724).

<sup>12</sup>CSJN. Cerámica San Lorenzo, LL, 1986-A-1978.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

otros alegó un deber institucional, con la salvedad de que los jueces pueden apartarse del criterio de la Corte, siempre que aporten fundamentos suficientes y que ese alejamiento no signifique desconocimiento deliberado de la autoridad y prestigio del alto tribunal. El juez que disienta con la posición de la Corte, está obligado a plantear los nuevos fundamentos que justifiquen modificar la posición sentada por ella. (Sagües, N., 1999, T.I, pág. 282).

Luego de lo expuesto, resta por enunciar cuáles son las materias controlables por los órganos judiciales, pues vigila tanto normas, como actos y omisiones. Están facultados para analizar la constitucionalidad de las constituciones provinciales, las leyes, los tratados internacionales sin jerarquía constitucional, los decretos, reglamentos y actos administrativos, las sentencias y la actividad de los particulares, y aún las propias disposiciones de la Constitución, tal como sucedió en el caso Fayt.

Como el control de constitucionalidad opera tanto sobre leyes como sobre interpretaciones de esas leyes, es posible declarar inconstitucional la interpretación concreta que se ha hecho de una ley, y no a la ley misma.

Como consecuencia de lo expuesto, debe destacarse que en nuestro sistema difuso, es la propia Constitución la que en su art. 116 expresa:

*...Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación.*

De lo expuesto se desprende que no se trata sólo de una facultad sino de la obligación de los magistrados de todas las instancias de controlar la adecuación de la ley a la Constitución, tanto en su letra como en su espíritu, ya que no sólo debe vigilar -fundamentalmente en las instancias de apelación-, la oposición a la Carta Magna de la norma aplicada, sino también si la interpretación hecha en la sentencia, respecto del contenido de la ley impugnada, se ajusta las disposiciones constitucionales.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Resulta ilustrativo de lo manifestado en el párrafo anterior, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Santa Fe en el recurso extraordinario interpuesto por un trabajador que reclamaba la reparación integral por un accidente de trabajo. El recurrente llega a la Suprema Corte luego de que en primera instancia y en la Alzada se rechazaran sus pretensiones. El recurso extraordinario fue declarado admisible en cuanto consideró que existía una cuestión constitucional en juego. En efecto, el demandante solicitó y mantuvo en todas las instancias la declaración de inconstitucionalidad del art 39, inc. 1 de la Ley de Riesgos del Trabajo, a los fines de habilitar el acceso a la justicia y accionar con fundamento en el derecho común, pretensión que fuera rechazada en primera instancia y confirmada por la Cámara.

La Alzada entendió que no se acreditó la existencia de un daño mayor al reparado mediante el sistema legal tarifado e indicó que:

...no es el camino jurídico adecuado la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 L.R.T. para después ver si de las pruebas aportadas surge una indemnización mayor conforme las normas civiles; sino que, por el contrario, la prueba de la existencia de daños que no son reparables por la tarifa pero que sí están comprendidos en la responsabilidad civil, es el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad de la norma (cfr. tercer párrafo, f. 618vta.).

Manifiesta la Suprema Corte de Santa Fe, que la resolución de la Cámara no puede convalidarse porque su contenido denota a todas luces la existencia de la cuestión constitucional aludida por el recurrente, no satisfaciendo los niveles mínimos del derecho a la jurisdicción, pues considera que respecto a la inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1 de la Ley de Riesgos del Trabajo, no debió pasar inadvertido el giro jurisprudencial y el criterio sentando por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 21.09.2004 en el fallo “Aquino” (T. y SS 04-774), doctrina constitucional que fue consolidándose en los casos “Díaz” (Fallos:329:2206) y “Arostegui” (Fallos:331:570). Afirma que en los precedentes mencionados, la Corte dejó sentada una interpretación constitucional intrínseca según la cual:

*...la L.R.T., al vedar la promoción de toda acción judicial tendiente a poder demostrar la real existencia y dimensión de los daños sufridos por el trabajador y disponer, además, la exención de*



**ARRIEGUI, Jorge A.**

*responsabilidad civil para el empleador, cercena de manera inconciliable los principios constitucionales del derecho a obtener la reparación íntegra. Esa restricción conceptual importa la frustración de la finalidad esencial del resarcimiento por daños sufridos a la integridad psicofísica del trabajador, pues la ley cuestionada no admite indemnización por otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador, la cual, a su vez, resulta mensurada de manera restringida” (del voto de la doctora Highton de Nolasco, en el primigenio resolutorio mencionado).*

El fallo de la Corte santafesina declara nula la resolución recurrida y dispone la remisión de los autos para que se dicte nueva sentencia, basado precisamente en que la Cámara desconoce, sin aportar nuevos elementos, la interpretación de la normativa hecha por CSJN en los casos que menciona.<sup>13</sup>

Finalmente, debe destacarse que sí existe una regulación expresa en nuestro texto constitucional, respecto del control constitucional de oficio, y es precisamente la facultad que otorga a los jueces el art 43 de la CN solamente en el caso específico de la promoción de la acción de amparo. En tal sentido el Dr. Fabián Omar Candia (2012), analiza el art. 43 de la Constitución Nacional y al respecto expresa que el mismo consagra que, en el caso de amparo, el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Esta es una de las modificaciones que la reforma constitucional de 1994 efectuó a la ley N° 16.986/66, que prohibía el juez declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma. Pese a esa prohibición, la jurisprudencia la desconoció en sus fallos, por lo que la Convención constituyente plasmó en su texto la corriente jurisprudencial uniforme en la materia.

Destaca el autor que el agravio al derecho debe ser acreditado, probándose que el acto en el cual se funda, desnaturaliza, desvirtúa o impide el ejercicio del mismo, y agrega que cuando se pretenda la declaración de inconstitucionalidad, deberá destruirse la presunción de constitucionalidad de las leyes con pruebas claras, que indiquen que se oponen al texto de la CN, debiéndose entonces tratarse de una inconstitucionalidad manifiesta pues si no es patente, notoria y obvia, la acción no procede.

---

<sup>13</sup>SCJ de Santa Fe “Dematteis, Juan Carlos C/ SADESA S.A. y otro – Accidente de Trabajo - (Expte. 167/13) S/ Recurso de Inconstitucionalidad”.



ARRIEGUI, Jorge A.

### **Conclusiones parciales.**

Del desarrollo efectuado en el presente capítulo, además de la conceptualización del término Constitución y la determinación del principio de la supremacía de ésta y de los tratados a los que el art. 75 inc. 22 otorga jerarquía constitucional, por sobre las leyes y actos que pudieran oponerse tanto a su letra como a su espíritu, se ha comprobado que el control de constitucionalidad se impuso en occidente para garantizar el funcionamiento del Estado, asegurando la vigencia de la división de poderes, al impedir que se concentre en uno de ellos la totalidad del imperio.

La imposibilidad de reformar la constitución por los procedimientos ordinarios aplicados a las leyes inferiores, por una parte, y por la otra el derecho-deber de los jueces de analizar las normas cuando corresponde su aplicación en el caso concreto para asegurar que las mismas no sean contrarias a las disposiciones de la ley fundamental, permiten y fortalecen el estado de derecho, aseguran la vigencia de sus poderes soberanos y garantizan el ejercicio de los derechos reconocidos a los gobernados.

Pese a que entre los requisitos de procedencia del control de constitucionalidad se requiere para ejercicio de un caso concreto, se advierte que más allá de decidirse sobre la lesión o no de derechos subjetivos o respecto de un daño provocado al interés de las partes, se ha introducido -subsumida en la acción declarativa de certeza-, la posibilidad de una acción autónoma de inconstitucionalidad que, ante la duda en la aplicabilidad de una u otra ley o del conflicto entre una ley y un acto del poder administrador, -que tenga la posibilidad de lesionar intereses legítimos aun cuando el daño no se haya producido-, hace cesar la incerteza mediante una decisión que establece la validez o no de una ley, en relación con las disposiciones constitucionales.

Si bien todavía no se ha hecho referencia en el presente a la procedencia del control constitucional de oficio, se ha esbozado que, hasta 2001, la posición de la CSJN era contraria a ella, exigiendo que fueran las partes quienes exceptuaran de inconstitucionalidad la norma inferior, en el caso concreto. Esa postura del Supremo Tribunal ha ido variando y será contemplada en el capítulo III.

Lo que sí se ha analizado, es cuáles son los sistemas de control de constitucionalidad y cuáles sus orígenes respectivos, los que respondieron tanto a situaciones fácticas como a posiciones ideológicas,



**ARRIEGUI, Jorge A.**

surgiendo en EE.UU. el sistema de control de constitucional difuso, adoptado por nuestro país, y en los países europeos el sistema concentrado.

Pese a que en el sistema difuso todos los jueces tienen la obligación de efectuar el control en el caso concreto, por vía de recursos puede llegarse a la CSJN, quien resulta el intérprete final de la Constitución, por lo que prestigiosos constitucionalistas -Highton entre ellos-, han afirmado que el Supremo Tribunal argentino se asemeja en ese aspecto a los Tribunales Constitucionales, propios del sistema de control concentrado. Pero, si bien la Corte sienta el precedente, por lo que los jueces inferiores sólo pueden apartarse de él cuando incorporen elementos nuevos que el Supremo Tribunal no hubiera considerado, no existe disposición constitucional o legal que los obligue a fallar en concordancia con las resoluciones de aquél.

Por ello, en nuestro país, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en el caso concreto, es sólo aplicable entre las partes, y el efecto erga omnes y derogatorio de la ley,-propio de las decisiones de los tribunales constitucionales- no se produce.

Sería conveniente entonces, que se llene el vacío legal existente en la materia, regulándose la obligatoriedad o no del precedente, y las condiciones en que ese precedente no pueda ser alterado por los jueces, aportando la seguridad jurídica que el ordenamiento normativo requiere.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

## **CAPÍTULO II**

**El Control de constitucionalidad de oficio en la doctrina.**



ARRIEGUI, Jorge A.

## CAPÍTULO II

### El Control de constitucionalidad de oficio en la doctrina.

#### Introducción

Todos los jueces, dado nuestro sistema de control de constitucionalidad difuso, son intérpretes de la ley aplicable al caso concreto sometido a su jurisdicción, y como tales deciden respecto del derecho aplicable, incluso rechazando el propuesto por las partes, si el mismo resultare erróneo.

Esa facultad de aplicar el derecho que corresponda al caso, también refiere a la obligación del magistrado de controlar si la norma elegida respeta el orden de prelación -con relación a la ley suprema-, del ordenamiento jurídico, lo que implica efectuar el control de constitucionalidad.

El dilema que se plantea, ante el vacío legal existente, es el de si ese control sólo puede realizarlo el juez a pedido de parte o si el mismo puede ser oficioso.

Por ello, se desarrollan en el presente los alcances y efectos del instituto de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, y los fundamentos que aducen los representantes de las dos posturas existentes al respecto, tanto la negatoria como la admisor, propiciando la primera que sólo el control procede a pedido de parte y la segunda que admite la procedencia del control oficioso.

#### **2.1 .Concepto de declaración de inconstitucionalidad de oficio.**

La declaración de inconstitucionalidad de oficio refiere al instituto que le permite a los jueces realizar el análisis constitucional de todas las normas involucradas en un proceso, sin que medie petición de parte.

Esta declaración debe entenderse no como una facultad sino como la obligación de todo juez del Poder Judicial, sea este nacional o provincial y de todos los grados, de analizar- dentro de una causa determinada-, si las normas allí planteadas, en forma implícita o explícita, se ajustan a los valores de la Constitución Nacional.

El instituto de control constitucional de oficio presenta las siguientes características:



ARRIEGUI, Jorge A.

1) Sus efectos siempre son inter-partes, nunca erga omnes, dado que esa facultad es exclusiva del poder legislativo, único facultado para dictar las leyes de alcance general. La excepción la constituyen las sentencias dictadas cuando se interponen amparos colectivos.

2) Los límites de la declaración de la inconstitucional de oficio implican no fallar *extra petita* dado que no puede obviar el juez el principio de congruencia, pues se encuentra sujeto a que el derecho que invoque esté en concordancia con la Constitución.

3) Los jueces tienen el deber de ejercer ese control.

Los requisitos para que proceda la declaración de inconstitucionalidad de oficio no difieren de los establecidos para el caso de que la misma se realice a solicitud de parte. (Maraniello, P. “*La Declaración de Inconstitucionalidad de oficio en los sistemas difusos*”. Conferencia dada en la Universidad Complutense de Madrid, como profesor invitado de dicha entidad académica, 22 de febrero de 2010.<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3764309>).

Desde lo normativo, la Constitución reformada en 1994 autoriza el control constitucional de oficio en el primer párrafo in fine del art. 43, en cuanto establece que “En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

Sostiene el Dr. Miguel Ekmekdjian (1995) que el texto del artículo deja a criterio exclusivo del juez, sin quedar obligado por la actitud de las partes, la decisión de ejercer el control de constitucionalidad.(Ekmekdjian, M.,1995, pág. 329).

## **2.2. Las corrientes doctrinarias respecto del control de constitucional de oficio.**

Existen dos corrientes doctrinarias referidas al control de constitucionalidad de oficio, afirma Maraniello (2010). Una de ellas es la negatoria, es decir la que no otorga la potestad a los jueces de declarar la inconstitucionalidad en una causa concreta, sin petición de parte.

La otra, a la que denomina admisora, permite la aplicación de este instituto, y lo considera de utilización obligatoria en los casos en que la inconstitucionalidad sea manifiesta. (Maraniello, P. , ob. cit.).

Se analizará, seguidamente, quiénes son los autores y cuáles los argumentos que esgrimen, en cada una de estas corrientes.



ARRIEGUI, Jorge A.

### 2.2.1. La corriente negatoria.

Uno de los juristas más representativos de esta posición doctrinaria es Joaquín V. González (1999), quien se ubica en la postura de la autorrestricción en cuanto al control de oficio, y la fundamenta en el principio de separación de poderes.

Afirma que la regla es que toda ley debe ser considerada válida y constitucional mientras no resuelva lo contrario el tribunal judicial competente, pero que la inconstitucionalidad debe ser planteada a instancia de parte, “cuando las leyes hayan podido causar algún perjuicio a su derecho, y este reclama, para su defensa, la inconstitucionalidad de la ley”.

Encuentra fundamento esta postura en el poder que tiene la Corte para intervenir en estos supuestos, 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.

Afirma Joaquín V. González que, fuera de estos casos, los jueces no pueden detener la ejecución de una ley, aunque les parezca inconveniente, injusta u opresora, ya que el pueblo tiene, -para contener o refrenar los abusos del Poder Legislativo-, el medio de las elecciones periódicas para renovar a los hombres y a las ideas dominantes.

Otros autores que apoyan la doctrina negatoria, resaltan su posición en lo dispuesto por art. 2 de la ley 27, promulgada el 16/10/1862, el que establece que “...nunca procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte...”.

En coincidencia con lo expresado, ya en 1903 el jurista norteamericano Thomas Cooley, sostenía que era indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos se encontraran realmente afectados, para que proceda el control de constitucionalidad, por lo que sólo la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima, cuando una persona intenta resistir la aplicación de una ley a un caso concreto y, de ese modo, solicita la ayuda del Poder Judicial para que se declare su inconstitucionalidad. Indica que sin este freno, el equilibrio de los tres poderes se habría roto por la absorción de facultades por parte del Poder Judicial, en desmedro de los otros dos.

Explica Cooley que el control de constitucionalidad es una tarea en extremo delicada, pues:

*....constituye un acto solemne el declarar que un cuerpo de hombres, a quienes el pueblo les ha confiado la soberana función de sancionar las leyes para el bienestar de la comunidad, ha violado aquellas limitaciones que le fueron impuestas como autoridad delegada y, por ende, usurpado el poder que el pueblo cuidadosamente reservó para sí. (Cooley, T., 7ª, 1903, pág. 228).*



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Abundando en los argumentos ya expuestos, González Calderón (1930) sostiene que ni la Constitución de los Estados Unidos ni la nuestra, al otorgar al poder judicial la facultad de verificar la constitucionalidad de las leyes, han violado el principio de separación de poderes, pues no les han otorgado a los jueces un poder ilimitado, que subordine a sus caprichos a los otros poderes. Afirma así que para evitar estas cuestiones, la primera limitación es que el poder judicial no puede proceder de oficio, sino a solicitud de parte interesada, en una causa particular. Destaca que la iniciativa para solicitar el control de constitucional atañe al individuo, quien es el único legitimado, y el juez hace valer la protección invocada. (González Calderón, J., Tomo I, pág. 479).

Por su parte, la Dra. Verónica García Christensen afirma que son tres los argumentos más fuertes y tradicionales, que se han esbozado por la negativa al control de constitucionalidad de oficio.

Indica que el primero radica en que vulnera la garantía constitucional del debido proceso, dado que el juez introduce cuestiones en el caso que no fueron alegadas por las partes, por lo que falla extra petita. La parte vencida se encontrará en una situación de indefensión, en la medida en que la resolución que se dicte va a contar con elementos que no fueron considerados en ninguna etapa del proceso anterior a la sentencia.

El segundo argumento es que viola la división de poderes, pues el juez se arroga facultades legislativas.

El tercero, se basa en que los actos de poder estatal se presumen válidos y acordes a la CN, hasta que se demuestre lo contrario. (García Christensen, V. “Control constitucional de constitucionalidad de oficio: un nuevo paradigma”. Consultado en pág. web: <http://www.circulodoxa.org/documentos/Circulo%20Doxa%20-%20Oficio.pdf>. el 8/6/2017).

Por su parte, Miguel Ángel Ekmekdjian (1995), en una posición crítica de esta teoría, afirma que el recaudo que exigen quienes sostienen la posición negatoria, respecto del control de oficio, surge del temor de que los jueces puedan convertirse en co-legisladores, vetando *ex officio* las leyes, siendo el pedido de parte interesada, un límite a ese posible exceso.

Sostiene que ese recaudo se basa en un sofisma, pues si el juez no puede realizar de oficio el control constitucional, supliendo la inacción de las partes, parecería que la supremacía constitucional no fuera una cuestión de orden público. Considera que se trata de una conclusión absurda, pues si las



ARRIEGUI, Jorge A.

leyes de orden público son irrenunciables, y deben ser aplicadas por el juez, hayan sido invocadas o no por los litigantes, no se explica cómo el orden público constitucional, que es el primero en jerarquía, no habilite al juez para preservarlo de oficio, prescindiendo de la norma que viole la constitución. Ello, en tanto por aplicación del principio *iura novit curia*, el juez no puede prescindir de los hechos invocados por las partes, pero no está obligado a sujetarse al derecho que ellas introducen en sustento de sus pretensiones, sino que debe aplicar la norma constitucional, la que debe prevalecer sobre una norma inferior e inconstitucional, lo que justifica el control de oficio. (Ekmekdjian, M., 1995, pág. 328).

Una postura firme y fundamentada esgrime Robert Marcial González, quien se opone férreamente al control constitucional de oficio. Engloba en seis puntos los inconvenientes que esa declaración oficiosa produce y así sostiene:

...a) No respeta la presunción de legitimidad de las normas; b) Se rompe con el equilibrio y la división de poderes; c) Se violentan garantías constitucionales como la de “el juez imparcial” o “el debido proceso”; d) Se restringe el derecho a la defensa; e) Se introduce al debate un tema no propuesto por las partes, lo que implica dejar de lado la regla de congruencia y el principio de igualdad; y f) el juez realiza tareas que competen con exclusividad a las partes.

En cuanto a la presunción de la legitimidad de las normas, expresa el autor que, si bien opera *juris tantum*, la posibilidad de que esa presunción caiga y sea destruida por alguna prueba en contrario, no legitima al Juez para que, por sí y ante sí, asuma la tarea de invalidar una norma que él y solo él considera inconstitucional.

El cuestionamiento, sostiene, debe partir de las personas que aparecen como destinatarias de la norma, pues la sola posibilidad de declarar su inconstitucionalidad de oficio, implicaría que los jueces se atribuyan una facultad que no les fue conferida ni por la ley ni por la Constitución, sino que se trata de una creación jurisprudencial.

Señala que la presunción de legitimidad de las normas obedece a la necesidad de proporcionar seguridad jurídica a la sociedad, coincidiendo con la postura de García Marlarejo (García Marlarejo: 2006, p. 90), quien sostiene que se debe limitar la actuación de los jueces a lo estrictamente planteado por las partes en el marco del proceso. (González, R. “*Declaración de inconstitucionalidad de oficio:*



ARRIEGUI, Jorge A.

*ventajas e inconvenientes*”. Revista Ratio Juris Vol. 6 N° 12 (enero-junio 2011) pp. 133-162 © Unaula).

En cuanto a efecto del control de oficio en la ruptura del equilibrio y la división de poderes, afirma González que para garantizar que el Poder judicial no se atribuya funciones que le corresponde cumplir a los otros dos poderes, las Constituciones modernas limitan el accionar de los jueces al marco de los casos concretos, por lo que sólo pueden actuar válidamente si observan las reglas del debido proceso, respetando el planteo de las partes y juzgando en consecuencia, sin que les sea permitido controlar oficiosamente la constitucionalidad de las normas. Permitir el control oficioso, haría que los jueces se constituyan en “superlegisladores”, pudiendo modificar, derogar o anular normas dictadas por el legislativo, rompiéndose así el equilibrio y la división de poderes. Reitera que para que ello no ocurra, el juez se debe limitar a resolver sobre lo estrictamente planteado por las partes.

A fin de completar su postura contraria al control constitucional de oficio, agrega que la legislación tiene previsto:

*... un método de debate amplio, con mecanismos de revisión de fallos (doble instancia), dentro del cual las partes pueden hacer valer todos los medios de defensa a su alcance, para cuestionar o impugnar la validez o la constitucionalidad de las normas que una de ellas pretende hacer valer en juicio.*

De lo afirmado, concluye, la amplitud del debate que fue pensado por el legislador como garantía para el correcto y adecuado ejercicio del derecho a la defensa en juicio, constituye en ilegítima la actuación oficiosa de los jueces, pues estarían introduciendo un tema no planteado por las partes, y ello favorecería a una de ellas en perjuicio de la otra.

Entiende el autor que los jueces no se encuentran facultados, jurídica ni políticamente, para realizar el control constitucional de oficio, pues de hacerlo contravienen una serie de cláusulas constitucionales, como las referidas a las garantías del debido proceso y la del juez imparcial cuando su actuación no responde al pedido de parte interesada.

Considera, coincidiendo con Superti (Superti, H. (1998) “*Derecho Procesal Penal - Temas conflictivos*”, Revista Juris, Rosario, Argentina. pp. 35 a 63), que el principal problema que



ARRIEGUI, Jorge A.

plantea el tema pasa por analizar cuál es la función que la Constitución Nacional asigna a los jueces y desde esa óptica, establecer cuál es el tipo de proceso establecido por el Constituyente, para que los ciudadanos diriman sus controversias apelando,- como lo sostiene Alvarado Velloso (2006)- a “la fuerza de la razón y no a la razón de la fuerza” (Alvarado Velloso, A. (2006) Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista, EGACAL, Lima, Perú. p. 15).

Para profundizar esos dos puntos, aborda las cuestiones relacionadas con la función de los jueces y el diseño procesal que la Constitución establece, desde cuatro perspectivas.

La primera consiste en analizar si el control jurisdiccional de oficio es coherente con la garantía del debido proceso. La segunda, confronta la potestad del control judicial de oficio con el deber de imparcialidad de los jueces. En tercer lugar, contempla el límite del poder de los jueces como una garantía para el ciudadano y la cuarta, refiere a la inaplicabilidad del principio “*iura novit curia*” dentro del modelo procesal vigente.

En cuanto a la primera cuestión, estima que el control de oficio no es coherente con el diseño procesal constitucional, dado que ningún juez puede declarar la inconstitucionalidad de las normas fuera del caso concreto, lo que se justifica en la necesidad de respetar el equilibrio y la división de poderes. Ello implica que los jueces no pueden interpretar por sí mismos si gozan o no de una facultad tan amplia, sin un pedido expreso de parte y sin tener en cuenta los límites dentro de los cuáles ejercen su magisterio, pues considera que facultar a los jueces a que realicen de oficio el control de constitucionalidad implica, sin lugar a dudas, dotarlos de un enorme poder. Afirma que la Constitución no contempla jueces todopoderosos, sino jueces imparciales siendo su misión, en un estado democrático, dirimir los conflictos intersubjetivos que las partes someten al Poder Judicial. Como - afirma-, la CN privilegió los valores libertad y seguridad jurídica, por sobre los valores justicia y verdad que los jueces dicen perseguir cuando actúan de oficio, el modelo acusatorio puro es el único que se ajusta al diseño libertario constitucional y éste requiere coherencia, por lo que es necesario un sistema procesal que respete los límites trazados por la CN para todos los ciudadanos, incluidos los jueces.

Estima que, en el sistema procesal garantista, existen expresas previsiones que ignoran los jueces cuando actúan de oficio. Una de ellas es que las partes debaten en pie de perfecta igualdad ante un



**ARRIEGUI, Jorge A.**

tercero,- el juez- quien debe ser imparcial, imparcial e independiente, por lo que el control de oficio rompe esa igualdad, ya que con su decisión perjudicaría a un litigante en beneficio del otro.

Considera asimismo que la normativa procesal defiende la certeza de las relaciones jurídicas, y que por ello cuando los jueces afirman estar facultados para actuar de oficio, no tienen en cuenta un elemento procesal fundamental, cual es la pretensión. Afirma que en el marco del debido proceso, ceñirse a la pretensión implica el respeto a la regla procesal de congruencia, y de esa forma otorga certeza a la relación entre las partes. Al ser los elementos de la pretensión: el sujeto, el objeto y la causa y al componerse esta última tanto por el hecho que se invoca en la demanda como por la imputación jurídica que el actor efectúa al demandado con motivo de ese hecho, ello obliga a las partes de un proceso a exponer en el debate todas las cuestiones que creen afecten a sus intereses.

El juez -dice el autor-, no está habilitado para cambiar, modificar o alterar de oficio las normas invocadas por las partes, en tanto las reglas del juego de un proceso constitucional impone a estas y no al juez, la tarea de calificar jurídicamente su pretensión, y ello obliga a la otra parte, - no al juez-, a cuestionar o no la constitucionalidad de la norma invocada.

Afirma González que, si se acepta que los jueces pueden romper el equilibrio, la igualdad y la regla de congruencia, a través de actuaciones oficiosas de cualquier tipo, aduciendo razones tales como que ellos conocen el derecho o que deben hacer justicia o buscar la verdad, las relaciones entre los ciudadanos carecerían de un grado de certeza mínima y la sociedad no alcanzaría la seguridad jurídica que garantice la paz social.

Otro de los aspectos decisivos del problema que representa para el sistema procesal, el control jurisdiccional de oficio sostiene el autor, tiene que ver con el deber de imparcialidad de los jueces.

En tal sentido, una de las tantas aristas que ofrece el análisis de la imparcialidad del juez está dada por cómo aparecen los jueces ante el justiciable, o sea, ante las partes.

Al decir de Superti, esto significa que el órgano que va a juzgar no se encuentre comprometido por sus tareas y funciones ni con las partes -imparcialidad- ni con los intereses de las partes -



ARRIEGUI, Jorge A.

imparcialidad- por lo que la garantía constitucional del juez imparcial se logra sólo si el sistema impide a los jueces realizar una tarea que compete exclusivamente a las partes. (Superti: 1998, p. 334).

Por ello, sostiene González, concederle al juez la facultad de cuestionar la validez o la constitucionalidad de una norma sobre la cual las partes no tienen objeciones, contraría el diseño constitucional del debido proceso y desnaturaliza la garantía del juez imparcial. Por lo tanto, si no existen límites claros a las atribuciones de los jueces o si se permite que éstos realicen tareas exclusivas de las partes, tales como cuestionar la constitucionalidad de las normas, dificulta la existencia de una sociedad libre y democrática tal como lo prevé la Constitución. No habrá jueces imparciales -dice-, si se les permite impugnar de oficio la norma y luego resolver ante ellos mismos respecto de su constitucionalidad. Permitir ese tipo de actuaciones oficiosas impide controlar el poder de los jueces, quienes pueden así cometer abusos en detrimento de las partes.

Plantea como interrogante cuál es el límite de actuación de oficio de los jueces al realizar el control de constitucionalidad, e indica que esa potestad no proviene de la norma, no se encuentra regulada ni limitada por ella, sino que ha sido una creación de los propios jueces, lo que provoca que el sistema procesal se pueda convertir en una herramienta de opresión y de autoritarismo, al servicio de quienes detentan el poder.

Finalmente, ataca uno de los fundamentos esgrimidos para admitir el control de oficio, como lo es la aplicación del principio “*iura novit curia*”. Afirma que esta regla ha perdido el sentido que se le otorgaba en el derecho romano, en cuanto hoy no es sólo el juez conoce el derecho, ha perdido el monopolio sobre el conocimiento de las leyes o, al menos, se han visto obligados a compartir dicho privilegio con el resto de la sociedad. Ello dado que, dentro del orden jurídico vigente, todos los habitantes de la República están obligados a conocer las leyes, debido a que no se puede alegar su ignorancia o desconocimiento para evadir el mandato legal.

En consecuencia -dada la vigencia de esta ficción-, no solo los jueces conocen el derecho sino que sabe de él también el resto de la comunidad. Por estas razones afirma que, en la actualidad, conviven dos principios,” *iura novit curia*” e “*iura novit populi*”, lo que obliga a revisar la facultad que se



**ARRIEGUI, Jorge A.**

atribuyen los jueces de declarar la inconstitucionalidad de una norma sin el pedido de parte, pues no son sólo ellos los que conocen la ley.

Otro argumento que invoca para dejar de aplicar el principio *iura novit curia*, es que las partes, en el marco del proceso, están obligadas a tener asistencia letrada, y los abogados son expertos en leyes y las conocen igual que los jueces, en tanto tienen una idéntica formación universitaria. Afirma que, para la Constitución, son las partes y no el juez las dueñas del proceso, por lo que la actuación procesal de oficio, mal legitimada por el principio “*iura novit curia*”, otorga a los magistrados superpoderes que pueden derivar en abusos de sus facultades.

Concluye, consecuente con su razonamiento, sosteniendo que el control constitucional de oficio es jurídicamente incorrecto por contravenir las garantías del juez imparcial y del debido proceso, y resulta políticamente peligroso en cuanto impide a la sociedad conocer cuál es el límite del accionar de los jueces.

Si bien la crítica a esta postura la han realizado los autores partidarios de la corriente admisora, que en el punto siguiente se desarrolla, cabe realizar algunas observaciones personales que manifiestan la disidencia con el razonamiento expuesto.

En primer término, la Constitución nunca expresa cuál es el derecho de mayor jerarquía dentro de los que consagra, es decir que la seguridad jurídica que el autor invoca como predominando sobre los restantes no constituye una regla absoluta, en tanto si bien el orden y la paz social son funciones relevantes que debe cumplir el Estado de derecho, ella no se logra si se consagran injusticias por atenerse los jueces en sus fallos a estrictas condiciones formales, sin buscar la verdad material en el caso concreto.

En cuanto al respeto de las reglas del debido proceso, cuando la postura negatoria expresa que las partes son las dueñas del mismo y no debe el juez fallar sobre lo que ellas no han invocado, resulta correcto con relación a los hechos que exponen, pero no en cuanto al derecho ya que no puede limitarse al juez a fallar en favor de lo dispuesto por las normas que invoquen las partes, si tanto unas como otras no fueren de aplicación al caso concreto.



ARRIEGUI, Jorge A.

Resulta asimismo carente de fundamento lógico colocar, como solución a los errores en los que las partes incurren al invocar el derecho para fundamentar sus pretensiones, que en la forma en que está legislado el proceso éste permite dada su amplitud discursiva a través de los sucesivos recursos, llegar a la norma aplicable al caso, sin que se utilice el principio *iura novit curia*.

Carece de asidero esa afirmación, ya que lo contrario también es posible tal como se estructura el proceso: si el juez de grado, convencido de que las normas esgrimidas por las partes no son aplicables, o si estima que su aplicación viola la norma fundamental y en consecuencia aplica otra ley o declara inconstitucional la invocada por la parte en apoyo de su derecho, también procede que se recurra su sentencia y que en las instancias superiores se esgrima todo aquello que se quiera hacer valer en la nueva sentencia.

Ello implica que ni la postura que sólo permite el control de constitucionalidad a pedido de parte o la que admite que se realice *ex officio* resulten definitivas hasta que la CSJN dé su veredicto. Pero si las partes se equivocaron o citaron una norma inconstitucional, resulta absurdo pretender que el juez fundamente y motive su sentencia en normas que a su criterio no hacen a la solución del caso, por el sólo hecho de tener que elegir entre las que las partes plantearon. De lo contrario, cumpliendo con la función que la propia Constitución le asigna, la posibilidad de que elija la norma adecuada o deseche otra por violatoria de la Constitución, determina que una primera sentencia en el grado inferior, permita -incluso fundada en los precedentes del más alto tribunal- llegar a una resolución en la que se plasme la verdad material, evitando así muchas veces el desgaste jurisdiccional que los recursos sucesivos provocan.

### **2.2.2. La corriente admisora.**

En cuanto a la corriente admisora, es Germán Bidart Campos (1964) el primer jurista argentino en fundamentar la conveniencia de la aceptación del control de constitucionalidad de oficio. A partir de sus planteos, lentamente se fue abriendo paso la posibilidad del control judicial de constitucionalidad de oficio, fundado en los argumentos que a continuación se exponen.

El primero de ellos es el principio *iura novit curia*, posiblemente el de mayor peso en la doctrina que defiende el control de oficio, el que parte del siguiente razonamiento: pese a que el juez, al dictar



ARRIEGUI, Jorge A.

sentencia, debe limitarse a lo peticionado por las partes, esa limitación no impide la aplicación del principio “*iura novit curia*”, por el cual se presume que el juez conoce el derecho, debiendo aplicarlo y resolver conforme a él. Como los jueces tienen el deber de fundar su decisión, les cabe, en esa función, dos posibilidades. Una de ellas es la de compartir los fundamentos expuestos por las partes y la otra es dar una fundamentación propia, supliendo el derecho que aquellas no invocaron o que lo hicieron erróneamente.

Cuando el juez busca el derecho aplicable al caso, está obligado a examinar la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, basado tanto en criterios formales como sustanciales, siendo su obligación aplicar la norma superior, frente a la inferior que la transgrede. El control de constitucionalidad es una cuestión no de hecho sino de derecho y ello implica que resulte absurdo exigirle a las partes que lo aleguen.

Atento a esas razones, concluye que el control oficioso no vulnera el principio de congruencia ni el derecho de defensa en juicio, pues el tema que el juez introduce en la sentencia refiere al derecho aplicable al caso, y si el juez considera que existe una inconstitucionalidad así debe declararla, aunque las partes no lo hubieran cuestionado. (Bidart Campos, G., 1964, p. 424).

En un artículo publicado en La Ley, observaba el Prof. Bidart Campos en 1972, que:

*... la decisión judicial ha de guardar coherencia con el ordenamiento jurídico, por lo cual una sentencia que aplica normas inconstitucionales rompe con esa coherencia, y se subleva contra la gradación jerárquica y piramidal del ordenamiento jurídico encabezado por la Constitución. Sentencia de tal naturaleza traduce una mala aplicación e interpretación del derecho, y, por ende, una mala administración de justicia (Bidart Campos, G. “Control de constitucionalidad de oficio”, La Ley, t. 147, p. 295).*

El segundo argumento que plantea el autor en favor del control oficioso es que, en el sistema difuso, los jueces tienen la atribución de control de constitucionalidad por lo que ejercerlo de oficio es un deber que no depende de la voluntad expresa o tácita de las partes, ya que no es optativo para los jueces velar por la supremacía constitucional. Por ello afirma que del control que tienen los jueces, depende que se materialice la supremacía de la CN y los derechos fundamentales que ella consagra.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

El tercer argumento que esgrime Bidart Campos, radica en que el juez no es legislador, ni invade la esfera de los otros poderes, pues su declaración de inconstitucionalidad sólo afecta a las partes.

Afirma que resulta incomprensible que el control de oficio pueda lesionar el principio de separación y equilibrio de las funciones estatales, y que el control a pedido de partes esté desprovisto de ese efecto. Reitera que al declarar las sentencias la inaplicabilidad en el caso concreto, ello no puede afectar la división de poderes, pues la misma carece de la generalidad propia de las leyes y que cuando el juez prefiere aplicar la Constitución, acata la voluntad del pueblo antes que la de los legisladores, quienes son sólo mandatarios de aquel, por lo que no se da la superioridad del poder judicial sobre el legislativo, sino la superioridad del pueblo sobre ambos.

El cuarto argumento consiste en que el control de oficio no afecta la presunción de validez de los actos estatales, ya que esa presunción tiene carácter provisional y fue establecida en pos de la seguridad jurídica y de la continuación de la marcha del Estado. Indica que en caso de que un particular plantee en la justicia la inconstitucionalidad de un acto, el juez debe verificar que el mismo se adecue a la Constitución, pudiendo entonces ceder esa presunción, en tanto la misma es *iuris tantum*. Ello se basa en el orden público constitucional y en el principio de supremacía de la constitución.

Como quinto argumento, plantea que ante la colisión entre dos bienes, esto es la Constitución federal y el principio de congruencia, nuestro ordenamiento tiene como ley suprema a la Constitución Nacional, o sea que ante la disyuntiva se optaría por la supremacía de aquella.

El sexto, refiere a que las sentencias deben ser acordes a la Constitución federal, como todo acto del estado, en tanto el Poder Judicial es Estado.

En definitiva, sostiene que la exigencia de pedido de parte, para la procedencia del control de constitucionalidad, lleva a tres conclusiones: una es que el control de constitucionalidad por los jueces queda supeditado a la voluntad de las partes; la segunda refiere a que no pedir la inconstitucionalidad, implica una renuncia de parte, y la tercera consiste en que la supremacía de la Constitución no sería de orden público.



ARRIEGUI, Jorge A.

Refuta esas conclusiones con razones contundentes. En primer término, invoca el principio “*iura novit curia*”. La segunda se funda en que, de la opción que tiene el justiciable de pedir o no el examen constitucional de una norma, no debe deducirse que él sea el motor del control judicial ya que, como principio, toda renuncia debe ser expresa y no se presume. Con más razón ello es así, cuando no se trata de un mero aspecto personal del titular del derecho, sino de la fiscalización de la constitucionalidad que prima sobre las cuestiones individuales o privadas, propias de los derechos subjetivos.

Finalmente afirma que una norma que va contra la Constitución es nula, y así como en el Derecho Civil la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio, en el Derecho Constitucional, el juez debe obrar de igual manera. (Bidart Campos, G. “*La declaración de inconstitucionalidad sin petición de parte (en el derecho argentino)*”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*”, año 1966, num. 2, p. 201).

Ratificando la postura arriba expresada, Gómez Naar y Montenegro (2004) afirman que la misión de los jueces no se limita a la remisión a la letra de la ley, pues para realizar la justicia no pueden prescindir del espíritu de la norma, y si admitieran soluciones notoriamente disvaliosas ello no resultaría compatible con el bien común que debe orientar la tareas de los poderes legislativo y judicial. Consecuentemente, ante la omisión de las partes en el proceso de peticionar la inconstitucionalidad de una norma que violara los derechos y garantías constitucionales, es al juez a quien le compete, de oficio y valiéndose del principio “*iura novit curia*”, decidir o no la procedencia de su aplicación. (Gómez Naar, Verónica y Montenegro, Jorge, “*En torno a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad*”. L.L., 2004-E-647).

Tal como lo interpretan Mercedes M. Rodríguez del Sel y Marcelo L. Gallo Tagle, una posición contraria a lo arriba expresado determinaría que las dos funciones de la ley fundamental, consistentes en su ejemplaridad y en su eficiencia instrumental, quedarán irremediabilmente separadas, y la Constitución sólo serviría como modelo o paradigma, pero privado de fuerza para promover su cumplimiento. Interpretan los autores que, de no aceptarse que la declaración de inconstitucionalidad de oficio sea viable, ello implicaría desconocer la



**ARRIEGUI, Jorge A.**

obligatoriedad de la Constitución. (Gallo Tagle, M. L. y Rodríguez del Sel, M. M. (2006). “Control de la constitucionalidad de oficio”. UCES. Revista Jurídica, 10, 170-190).

Afirman que el argumento utilizado para rechazar la procedencia del control judicial de oficio, basado en la presunción de validez de los actos estatales, cede cuando la ley contraría una norma de jerarquía superior, como lo es la Constitución Nacional. Coinciden con el pensamiento de Bidart Campos, pues destacan que se pone en evidencia la inconsistencia del razonamiento basado en la presunción de validez, en tanto la misma también existe cuando el control constitucional responde al pedido de parte. Es decir que, si la presunción de legitimidad del acto estatal cae frente a la comprobación de su inconstitucionalidad instada por una parte, no se advierte cual es la razón por la que no debería ocurrir lo mismo cuando el examen constitucional se hace de oficio, en un caso concreto.

Otro de los aspectos que consideran, para justificar la procedencia del control de oficio, es que si bien el art. 2° de la ley 27 establece que la justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos a instancia de parte, tal prohibición no apunta a los actos del procedimiento ya iniciado, ni a las cuestiones que son típicamente de derecho, sino a la posibilidad de instar oficiosamente una causa para hacer declaraciones generales o abstractas. Consideran asimismo que el art. 3° de la misma ley, admite la posibilidad del ejercicio de un control constitucional de oficio cuando establece que uno de los objetos de la justicia nacional “... es sostener la observancia de la Constitución Nacional prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella...”.

Entre los doctrinarios que se inclinan por la procedencia del control oficioso, es el Dr. Víctor Bazán quien afirma que si un juez se abstuviera de declarar la inconstitucionalidad de una norma por no habersele pedido la parte interesada, su conducta es censurable tanto desde el punto de vista activo como pasivo. Desde el primero, porque estaría emitiendo una sentencia arbitraria, descalificable como acto judicial. Desde el segundo, incurriría en inconstitucionalidad por omisión, al no cumplir la función de proteger y garantizar la supremacía de la Constitución. (Bazán, Víctor “La Corte, la declaración de inconstitucionalidad de oficio y el sendero hacia la superación de una doctrina judicial inconsistente”, ED, 179-322).



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Maraniello (ob. Cit.) se inclina por la tesis permisiva y amplia, más realiza la salvedad de que si bien los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad sin que medie petición de parte, esta procede sólo en los casos en que la inconstitucionalidad de la norma sea manifiesta, de una gravedad significativa y no vulnere el principio de congruencia. Por ello, la declaración de inconstitucionalidad de oficio de una norma tendría que efectuarse en casos concretos y en forma excepcional, por tratarse de una decisión de suma gravedad institucional en la medida en que invalida facultades del poder Legislativo o del Ejecutivo. En definitiva, el presupuesto para declarar la invalidez de la norma exige que la violación constitucional sea manifiesta, patente y evidente.

Coincide este trabajo con la postura de quienes adhieren a la procedencia del control de constitucionalidad de oficio, fundamentalmente porque desde las previsiones constitucionales ese control implica no una facultad sino un deber del juez, quien debe cumplirlo “en todos los casos que se sometan a su jurisdicción”. Por lo tanto, el hecho de que las partes no la aleguen, no puede impedir que el magistrado resuelva conforme a disposiciones de la Constitución, para evitar dictar una sentencia no ajustada a derecho y en consecuencia arbitraria.

### **Conclusiones parciales.**

De las doctrinas expuestas, tanto la negatoria como la admisoras de control constitucional de oficio, surge nuevamente lo oportunamente planteado en este trabajo: el vacío legal en el tema, atento a que este instituto, si bien nace de una fuente válida del derecho como lo es la creación pretoriana, dada la zigzagueante doctrina de la Corte- no sólo en su evolución temporal sino también ante las distintas soluciones en casos concretos similares-, provoca incertezas para el justiciable y para la población en general, lo que deviene en la violación del principio de la seguridad jurídica.

Cuando las posiciones negatorias aluden a la inaplicabilidad del principio *iura novit curia*, en tanto consideran que admitir su procedencia puede derivar en fallos extra petita y afectar tanto la congruencia de la sentencia emitida por el juez, como la defensa en juicio y la imparcialidad e imparcialidad del Magistrado con relación al caso que resuelve, privilegian lo que, sostienen, deriva de la propia Constitución, es decir los valores libertad y seguridad jurídica, por sobre los valores justicia y verdad.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Como toda elaboración crítica parte de una concepción filosófica fundada en “el deber ser”, y como quien la efectúa tiene internalizada la convicción que considera adecuada, consideramos -efectuando precisamente la crítica a la posición negatoria, que no es posible justificar analizando todo el orden jurídico establecido a partir de la Ley Fundamental-, que la prevalencia de la libertad y la seguridad jurídica sean los pilares fundamentales a los que deben subordinarse otros valores, como la justicia y la verdad.

Ello es así en cuanto la norma no establece en sus derechos y garantías un orden de prelación de los valores, sino que los armoniza en torno a la búsqueda de una correcta interpretación, que asegure a los habitantes la resolución de los conflictos en términos de equidad, de forma tal que se logre la paz social, función que dio origen al Estado y en consecuencia a las normas que el mismo se ha dado.

Por ello, al ser la Constitución una norma de orden público, la única posibilidad de que sus disposiciones se apliquen correctamente, necesita de una interpretación igual de correcta, correspondiendo la misma a los jueces, quienes aplican la ley en el caso concreto.

Por ello, y en defensa de la postura admisoras, si las partes invocan una ley que no resulta aplicable al caso, o la que introducen resulta contraria a la letra o al espíritu de la Constitución, es el juez interviniente -cualquiera sea su grado- quien debe determinar si la misma se adecua a la Ley fundamental y establecer, en consecuencia, si es aplicable a la cuestión a resolver.

Negar la procedencia del principio *iura novit curia*, provocaría un efecto tal que los sentenciantes, ante el derecho que alegan las partes en defensa de su pretensión, en lugar de analizar su aplicabilidad y procedencia, se limitarían a arrojar al aire una moneda. Si sale cara gana uno si es seca, el otro. El juez se convertiría en árbitro indiferente respecto del resultado, limitándose a fundar y motivar su sentencia en una de las opciones que los justiciables arguyan, aun cuando ninguna de las normas propuestas responda a las disposiciones constitucionales.

Si así se procediera carecería de sentido la existencia misma del Poder Judicial pues, ante la falta de impugnación por las partes de la inconstitucionalidad de una ley, el control constitucional del derecho aplicable no procedería, y se omitiría así la operatividad que, como norma de orden público, tiene la Constitución.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Asimismo, la invocada violación de la imparcialidad e impariabilidad del juez, por quienes apoyan la posición negatoria, sosteniendo que si éste “por sí”, determina cuál es el derecho aplicable, y que “sólo ante sí” defiende su pertinencia en el caso concreto, resulta, cuanto menos, infundada.

Ello porque, tal como lo afirman los defensores de la teoría admisor, cuando el sentenciante “elige” al efectuar el control de constitucionalidad, entre las normas que regulan el caso, -invocadas o no por las partes-, la que no se opone a las disposiciones constitucionales o, entre varias normas aplicables desecha por violatoria de la Constitución a una o varias de ellas, tiene la obligación de fundamentar y motivar su fallo. Si así no lo hiciere o si ambas acciones afectaran la coherencia interna del fallo -ya que la incongruencia no sólo se produce por fallar extra o ultra petita-, su sentencia deviene en arbitraria y en consecuencia revisable en instancias superiores, aún mediante los recursos extraordinarios ante las Cortes locales y hasta ante la CSJN.

Es decir, la imparcialidad se resguarda dada la revisibilidad de los fallos.

Otro fundamento invocado por la corriente negatoria, es que la aplicación de oficio del control de constitucionalidad afecta el debido proceso, en cuanto la parte que resultara perjudicada por la aplicación de éste instituto no pudo efectuar su defensa, dado que no fue introducida la cuestión antes de la sentencia misma.

¿Y si se invocara el argumento opuesto, es decir si se estableciera la obligación de que las partes, -“conocedoras del derecho como el juez mismo”- como lo afirma uno de los representantes de la corriente negatoria- analizaran en su demanda la constitucionalidad de las normas que invocan, fundando acabadamente el porqué de su aplicabilidad, no se obviaría la cuestión de la debida defensa?.

Sucede que en muchos de los casos judiciales que se incoan, quizás en la mayoría, el justiciable sólo invoca la ley aplicable pero omite analizar su constitucionalidad. Ello no implica que se viole su derecho de defensa, sino que su inactividad al respecto tiene el mismo efecto que no ofrecer o producir las pruebas que hacen a su derecho. Ante esa omisión voluntaria, no puede luego invocar que no pudo defenderse, sino que no lo hizo porque no quiso. Su omisión, entonces, es -y “debe ser”- suplida por el



**ARRIEGUI, Jorge A.**

juez, quien tiene la obligación legal de controlar la constitucionalidad de la norma aplicable y de suplir la que se haya invocado y resulta inconstitucional.

En consecuencia, no se viola el debido proceso ni el derecho de defensa en juicio cuando se efectúa el control de oficio, pero queda pendiente concluir respecto de la presunción de legitimidad de los actos emanados de los otros poderes del Estado.

Coincidimos con el maestro Bidart Campos en su defensa del control oficioso, en la medida que al ser aquella una presunción que admite prueba en contrario, ante ésta, cede aquella. Si es posible- desde la doctrina negatoria- que las partes hagan caer la presunción de legitimidad ante la demostración de su arbitrariedad, cuánto más le corresponde al juez quien no es un convidado de piedra en el proceso, sino quien resolver en el caso concreto en términos de equidad, revisar esos actos y declararlos inválidos si no son compatibles con las disposiciones constitucionales, aun cuando las partes no se lo soliciten.

Pedirle a los jueces que fallen en oposición a los valores de justicia y equidad, por el sólo hecho de que no deben inmiscuirse en el accionar de los otros poderes sólo porque las partes omitieron la petición de ese control, desnaturaliza su función esencial, cual lo es la de “administrar justicia”.

Como se contemplará detalladamente al analizar los casos jurisprudenciales, la CSJN ha evolucionado desde una posición netamente negatoria del control de oficio, hasta fallos que consagran la vigencia plena de este instituto. Pero es necesario recalcar que, ante la ausencia de una norma que determine con certeza su procedencia, los disensos al respecto continuarán, favoreciendo la inseguridad jurídica de los justiciables y de la comunidad en general.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

## **CAPÍTULO III**

### **Evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la declaración de inconstitucionalidad de oficio.**



ARRIEGUI, Jorge A.

## CAPÍTULO III

### **Evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la declaración de inconstitucionalidad de oficio.**

#### **Introducción**

Desde su instalación en el año 1863 hasta la actualidad, la CSJN ha variado su posición respecto de la procedencia o no del control de la constitucionalidad de oficio, por lo que se estudian en el presente las diversas etapas relacionadas con la admisión de este instituto, las que parten de una primera postura oscilante para luego afirmarse en la netamente negatoria, concediendo escasas excepciones, hasta que en la última etapa, a partir del año 2001, se reconoce la procedencia de este instituto.

Previo a desarrollar los sucesivos fallos y sus diferentes soluciones, se exponen las diversas posturas, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, referidas a la obligatoriedad de los precedentes de la Corte, destacándose que en nuestro país no rige normativamente el “*stare decisis*”, propio de los países anglosajones, pese a lo cual nuestro Máximo Tribunal reconoce su procedencia, con algunas excepciones.

#### **3.1. Obligatoriedad y efectos de los fallos de la Corte Suprema Justicia de la Nación.**

Dentro del marco de la problemática del ejercicio del control de constitucionalidad de oficio, se encuentra la cuestión de la obligatoriedad de los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de nuestra Nación.

Si bien no existe ninguna norma que obligue a los jueces de las instancias inferiores a ceñirse en sus fallos al precedente, el mismo es generalmente respetado, por lo que ellos no se suelen apartar de las interpretaciones hechas por la Corte Suprema.

Desde la doctrina, el Dr. Bianchi (1992) manifiesta que existen dos vertientes sobre el valor vinculante de los fallos de la Corte. La primera es la tesis afirmativa, que nace en la década del '40 y que se extiende hasta nuestros días. La segunda, que niega la obligatoriedad de los precedentes, está



ARRIEGUI, Jorge A.

representada por un número reducido de sentencias dictadas entre 1960 y 1980. (Bianchi, A., 1992, pág 362).

En el derecho anglosajón existe la doctrina del “*stare decisis*”, que impone la obligación de los tribunales de fallar conforme al precedente, en causas o controversias idénticas o similares.

En el Reino Unido se aplica esta doctrina también en materia de control de constitucionalidad, por lo que los fallos de la Corte al respecto son obligatorios para todos los tribunales del país. La obligatoriedad del precedente vincula a la propia Corte, pues ésta sólo se aparta de él, cuando estuviere convencida de que las decisiones anteriores fueran erróneas. (Ekmekdjian, ob.cit., pág 331).

En nuestro país no rige -al menos legislado- el “*stare decisis*” pues los precedentes de la Corte, en teoría, no son obligatorios, lo que permite que los jueces puedan apartarse de la doctrina del Supremo Tribunal pero, en la práctica, funciona de manera similar al anglosajón.

Ello se evidencia dado que la Corte ha amonestado a jueces inferiores, por haberse apartado de la doctrina judicial que surge de sus fallos, lo que implica que ha introducido, en forma implícita, el *stare decisis* en materia de control de constitucionalidad, salvo que el recurrente- con nuevos argumentos- demuestre el error en el que se ha incurrido en el precedente.

El Dr. Bidart Campos, fue uno de los autores que más ha tratado la obligatoriedad de los fallos de la Corte, y reconoce que ninguna norma escrita consagra la obligación formal de los tribunales inferiores de acatar la jurisprudencia de la Corte.

Sin embargo, entiende que:

*.... La sentencia crea derecho, pero no crea derecho 'nuevo', esto es, el derecho que crea siempre deriva de un marco que le traza el ordenamiento como subordinante, y dentro del cual el juez o el tribunal debe moverse sin evadirlo. La ley, en cambio, crea derecho nuevo, o sea, un derecho que no está condicionado por un plano superior, como no sea el de la Constitución que es cúspide del ordenamiento. (Bidart Campos, G Vol. II, p. 477).*

Nuestro sistema de control judicial de constitucionalidad dispone que la declaración de inconstitucionalidad de una norma tenga sólo validez para el caso concreto aunque- en la práctica-, la



ARRIEGUI, Jorge A.

observancia de la resolución del Supremo Tribunal se torna obligatoria para los jueces y los Tribunales inferiores, casi podríamos decir que las sentencias de la Corte, conllevan –implícitamente– una generalidad en sus conceptos, es decir, tendrían efecto “*erga omnes*”.

Esto es así ya que las interpretaciones finales que hace la Corte sobre algunos temas, determina indirecta y hasta directamente, la senda a seguir para los sucesivos casos, convirtiéndose de esta manera en la única interpretación jurídica “válida”, pues todo sentencia en contrario se descalificaría por arbitraria. Fue en el caso “Cerámica San Lorenzo<sup>14</sup>” donde el Alto Tribunal consagró abiertamente el poder vinculante de sus fallos.

El Dr. Néstor Sagüés, en un artículo publicado en el año 2008, refiere a la vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema y bajo el epígrafe: “El stare decisis criollo y la casación”, recuerda que la CN nada dice sobre los efectos vinculantes de sus fallos sino que fue la propia Corte la que elaboró jurisprudencialmente esa doctrina. Indica que, en su inicio, aceptó que los jueces debían seguir su doctrina, luego afirmó que se trataba de un deber moral hacerlo, y más adelante de un deber institucional. (Sagüés N. Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario”, 4<sup>a</sup> ed. (Buenos Aires 2002), Ed. Astrea, tomo 1, pág. 184 y sigts).

A medida que se fue afianzando el valor vinculante de las sentencias, en temas tanto de derecho federal como de derecho común, afirma Sagüés que, en los hechos, se cumple una verdadera tarea de casación, la que es muy especial porque la Corte, en algunas situaciones, explica cuál es la única interpretación jurídicamente válida de un precepto, pero en otras sólo indica cuál no es la interpretación pertinente, con lo que deja al operador un cierto margen para escoger, “otras posibles interpretaciones distintas a la anatematizada”.

Cuando la Corte declara inconstitucional a una norma, si bien no la deroga formalmente, obliga a todos los jueces a no aplicarla cuando esa ley es cuestionada en un proceso. Es decir, la ley sigue rigiendo, pero sólo hasta que sea impugnada judicialmente su aplicación, en otro caso concreto.

La tendencia a asignar resultados expansivos (más allá del caso que resuelve) a las sentencias de la Corte, se explica por circunstancias extranormativas, dado que ante los mayores requerimientos de seguridad e igualdad, la gente quiere conocer con certeza cuál es la interpretación válida de las normas y que la misma rija para todos.

---

<sup>14</sup>CSJN. “Cerámica San Lorenzo”. Fallos, 307-1094 (04/07/1985).



ARRIEGUI, Jorge A.

Como lo afirma María Sofía Sagués, si los fallos de la Corte tienen efectos expansivos, en igual proporción decrece el control difuso de constitucionalidad, pues los jueces no podrán reputar de constitucional lo que la Corte interpreta como inconstitucional y viceversa, por lo que pierde el juez inferior el derecho y la libertad de actuar discrecionalmente. (SAGÜÉS, María Sofía, *"Las acciones positivas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial"*, en "Proceso y Constitución", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, (México, 2004), Ed. Porrúa, N° 2, pág. 225).

Critica el Dr. Néstor Sagués que la Corte refiriera a que sus fallos cuentan con valor moral, o que los jueces tienen el deber moral de aplicarlos, ya que un deber moral no implica necesariamente y en todos los casos, un deber jurídico. Con el transcurso del tiempo la Corte recategorizó el valor de sus sentencias y el deber de seguirlas, dándoles el rango de valor y deber "institucional", derivados de la "autoridad institucional" del Tribunal y lo hizo a través de varios fallos, tales como "Jáuregui"<sup>15</sup>.

Plantea el autor en análisis que, en ciertas sentencias, ha sido la propia Corte Suprema la que ha confundido a la sociedad, cuando en un mismo pronunciamiento ha sostenido que sus fallos "no son obligatorios para casos análogos", pero que los jueces inferiores:

*"...tienen el deber de conformar sus decisiones a lo decidido por la Corte y, por tal razón, carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que... se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición adoptada por el Tribunal"*<sup>16</sup>.

La Dra. Highton afirma que, aunque en nuestro sistema el control de constitucionalidad es difuso, cuando lo ejerce la Corte Suprema -como cabeza del Poder Judicial- adquiere una dimensión diferente, pues si bien sus fallos no son obligatorios para los tribunales inferiores, al ser dicha Corte el intérprete final de la Constitución, sus decisiones tienen autoridad moral sobre los tribunales inferiores. Agrega que los efectos de estas decisiones trascienden a las partes, pues cuando un tema llega a la Corte Suprema se resuelve sin más de acuerdo al precedente, en tanto considera que los

---

<sup>15</sup>CSJN, Fallos, 315:2386, "Jáuregui" (LA LEY, 1993-A, 375).

<sup>16</sup>CSJN, "Losa", Fallos 316:221, con cita de "Cerámica San Lorenzo", Fallos 307:194, considerando 2; ver también CSJN, "Caporale", Fallos 318:2103 (LA LEY, 1996-D, 534). La tesis de la Corte tiene continuidad: por ejemplo, más recientemente, "Tejerina": CSJN, Fallos, 329:4931 (LA LEY, 2006-F, 621).



**ARRIEGUI, Jorge A.**

tribunales no pueden apartarse de él, salvo que esgriman nuevos argumentos que no hayan sido considerados con anterioridad. (Highton, E. ob. cit.).

Han existido posturas diversas del Máximo Tribunal a lo largo de su historia, respecto al poder vinculante de sus fallos. Entre los que sustentan la obligatoriedad del precedente, el fallo recaído en “Día Argentina SA c/ Municipalidad de Ezeiza s/ acción de inconstitucionalidad”, decidió que si bien es deseable y conveniente que los "precedentes" sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos, esta regla no es absoluta ni impide la modificación de la jurisprudencia cuando existen causas suficientemente graves o median razones de justicia, entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido<sup>17</sup>.

La Corte Suprema ha señalado reiteradamente el deber que tienen las instancias ordinarias de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares, que se sustenta tanto en su carácter de intérprete de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal, que hacen conveniente evitar todo dispendio de la actividad jurisdiccional.

Entre las sentencias que se ubicaron en las antípodas de la obligatoriedad respecto al precedente, se cita como caso ilustrativo el fallo 264:13 de 1966, que decidió que el hecho de que la sentencia, suficientemente fundada, prescindiera de la doctrina de un fallo anterior de la Corte Suprema dictada en juicio distinto, no constituye motivo bastante para sustentar la tacha de arbitrariedad.

Como consecuencia de lo expuesto resulta que la jurisprudencia reseñada parecería tener como finalidad, por un lado, ratificar la supremacía de la CSJN como máximo Tribunal Federal, reforzando en consecuencia el valor de sus decisiones, y por el otro lograr una administración de justicia más apegada a principios de economía y celeridad procesal, minimizando además las causas de

---

<sup>17</sup> CNAC Sala I, expediente N° 16.127/09, “Día Argentina SA c/ Municipalidad de Ezeiza s/ acción de inconstitucionalidad”, proveniente del Juzgado Federal de primera instancia N° 3 de Lomas de Zamora. //Plata, 23 de septiembre de 2009. R.S. I T F.



ARRIEGUI, Jorge A.

litigiosidad, al brindar mayor certeza acerca del probable resultado de un pleito, ya que -existiendo el precedente-, el mismo debe ser aplicado por los jueces de todos los grados.

Pero también cabe destacar que si bien existe casi un deber de los tribunales inferiores de conformar sus decisiones a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia para casos análogos, tal deber no les prohíbe a los jueces apartarse fundadamente de la interpretación hecha por la Corte cuando, a su entender, existan razones sobre la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio sostenido por aquella, debiendo en esos casos exponer y fundar sus argumentos.

### **3.2. Evolución jurisprudencial en materia de procedencia del control de constitucionalidad de oficio.**

Así como en la doctrina las posiciones se encuentran divididas, aun cuando en la actualidad se ha impuesto mayoritariamente la recepción del control de constitucionalidad de oficio, lo mismo ha sucedido con los fallos en la materia de la Corte Suprema, en los que esa división se manifiesta en la evolución jurisprudencial que puede establecerse en las distintas etapas que propone analizar el Dr. Bianchi. La primera se extiende desde la instalación del Tribunal Supremo hasta 1941, la segunda hasta 1984, la tercera hasta 2001, y la última a partir de esa fecha hasta la actualidad. (Bianchi, 1992, pág 321).

#### **3.2.1. Primera Etapa (de 1863 a 1941) o periodo de la necesidad justificatoria.**

Desde la instalación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tal como se explicita en la obra “Historia de la Corte Suprema Argentina” hasta el año 1941, no hubo un criterio definido del Alto Tribunal, respecto a la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad de oficio de las leyes y demás normas estatales.

La Corte, dentro de este período, ejerció en algunos fallos el control de constitucionalidad de oficio e incluso lo estableció como una obligación de los jueces<sup>18</sup>, pero, al mismo tiempo, la teoría de la no declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las normas estaba tácitamente admitida como regla, poniendo en evidencia la imposibilidad de que un tribunal se expidiera sobre el tema en cuestión, en

---

<sup>18</sup>CSJN *"Municipalidad de la Capital c/ Elortondo"*. Año 1986. Sostuvo que "...es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de examinar las leyes en los casos concretos que se tratan a su decisión.



ARRIEGUI, Jorge A.

caso de ausencia de requerimiento oportuno y preciso de la parte interesada. (Alfonso Santiago (dir), 2014, t. III, pág. 2056).

En el fallo “Cabezas, García y Cía. y Otros c/Provincia de Tucumán s/ Inconstitucionalidad”, la Corte abrió camino a la postura restrictiva del control oficioso, en cuanto en el mismo expresó que los tribunales no tienen poder por iniciativa propia, para revisar e invalidar leyes del Congreso dictaminando su inconstitucionalidad, y sólo la parte que había sufrido un daño directo, derivado de la ley aplicada, era la que tenía el poder de invocarla<sup>19</sup>.

No obstante lo expuesto, existieron pronunciamientos dictados por la Corte Suprema, en los que existe una tendencia a admitir el ejercicio del control de oficio.

En el año 1871, en el caso “Caffarena c/ Banco Argentino de Rosario”<sup>20</sup>, el Alto Tribunal admitió que estaba en la esencia del orden constitucional que los tribunales tuvieran no sólo la facultad sino también la obligación, de anteponer en sus resoluciones los preceptos de la Constitución Nacional a los de las leyes ordinarias, porque al ser aquella la ley suprema de la cual derivan las facultades del poder legislativo, como así también las de los demás poderes a la cual están todos subordinados en su acción, ningún acto que le sea contrario puede reputarse válido y subsistente.

En 1872, en el caso “Vicente Casares e Hijos c/ Sivori y Schiaffino”<sup>21</sup>, la Corte Suprema confirmó el fallo de un juez inferior, quien sin que mediara requerimiento de parte había ejercido el control de constitucionalidad oficioso, manifestando que si se hubiera declarado -en el caso- la obligación del pago, ello hubiera implicado otorgar eficacia a actos inconstitucionales, conspirando así contra uno de los objetos de la justicia nacional.

El caso “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. del Elortondo”, del 14 de abril de 1888,<sup>22</sup> fue la piedra basal sobre la que se comenzó a fundar esta corriente “*ex officio*”. Aquí el alto Tribunal ejerció de oficio el control de constitucionalidad y definió con claridad el deber que tienen todos los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes que aplican.

---

<sup>19</sup>CSJN, “Cabezas, García y Cía. y Otros c/Provincia de Tucumán s/ Inconstitucionalidad”, 1934.Fallos: 170-158 (1934).

<sup>20</sup>CSJN, “Caffarena c/ Banco Argentino de Rosario”, 1871. Fallos: 10: 427 (1871).

<sup>21</sup>CSJN, *Vicente Casares e Hijos c/ Sivori y Schiaffino*, 1872.Fallos: 11: 257 (17/12/1872).

<sup>22</sup>CSJN “*Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. del Elortondo*”, del 14 de abril de 1888.



ARRIEGUI, Jorge A.

La Corte fundamentó su posición manifestando que en nuestra organización constitucional, los tribunales de justicia tienen el deber de examinar las leyes en el caso concreto, comparándolas con el texto de la Constitución y averiguar si guardan o no conformidad con ésta. Si las encontrase en oposición deben abstenerse de aplicarla, en tanto esa atribución moderadora constituye uno de los fines supremos del poder judicial nacional y permite garantizar los derechos consagrados por la Constitución, contra los abusos de los poderes públicos.

### **3.2.2. Segunda Etapa (de 1941 a 1984). Período negatorio con excepciones.**

En el segundo período la Corte Suprema estableció, de manera inequívoca, que el control de constitucionalidad de las leyes y los decretos debían realizarse a pedido de parte y que no podía ser ejercido de oficio, salvo cuando se tratase de mantener su independencia como poder, o fuera necesario para preservar la integridad del poder judicial.

Es en el fallo “Ganadera Los Lagos c/ Gobierno Nacional”<sup>23</sup> del año 1941, donde claramente se advierte el criterio prohibitivo al control de oficio.

En el mismo, Máximo Tribunal expresó que a la administración de justicia con la categoría de “poder”, se le encuentra vedado controlar por propia iniciativa, de oficio, los actos legislativos o los decretos de la administración. Consideró que para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes, sin que con ello se provoque un desequilibrio entre los tres poderes, es necesario que exista en pleito una cuestión que proporcione al poder judicial la oportunidad de examinar,” a pedido de alguno de los litigantes”, si la ley o decreto conforma sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución.

El Dr. Alberto Bianchi (1992), sostiene que la Corte adopta esta posición, inspirándose en el jurista inglés Thomas Cooley, quien sustentaba la teoría de que para la procedencia del control de constitucionalidad era indispensable la existencia de un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encontraran afectados. Esta postura se convirtió en la tesis oficial del tribunal, que habría de ser repetida en forma ininterrumpida “como un dogma de fe”, aunque no quedó en claro

---

<sup>23</sup>CSJN, “Ganadera Los Lagos c/Gobierno Nacional” Fallos: 190-149; 190-155 (1941).



ARRIEGUI, Jorge A.

si era una creación de nuestra Corte Suprema el que se exija esta petición de parte interesada en la declaración de inconstitucionalidad, o si es lo que Cooley verdaderamente entendió.

Para Bianchi, lo que Cooley en realidad sostiene en sus obras, es que el control judicial no puede hacerse fuera de un caso, pero nada dice que una vez planteado el mismo, los tribunales quedaran limitados por las peticiones de las partes. (Bianchi, Alberto B., *¿Se ha admitido finalmente el control constitucional de oficio? La Ley, (2002)-A, pág. 8.*)

Los fundamentos del Alto Tribunal en este fallo, al negar -como regla- la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, fueron que se rompería el equilibrio de poderes del Estado, predominando el poder judicial sobre los otros dos, que alteraría el principio de defensa en juicio de las partes y que se desconocería el principio de la legitimidad de las normas y actos estatales.

Contra la postura prohibitiva sostenida por la Corte, hubo casos que fueron la *excepción* a la regla general, donde se admitió el control de constitucionalidad de oficio cuando se trataba de normas que establecieran excesos a los límites impuestos por nuestra C.N. a la propia competencia de aquél, o se hubiera visto amenazada la integridad, independencia o buen manejo del Poder Judicial.

Fue en el caso “Partido Provincial Unión Santiagueña”<sup>24</sup> en 1957, donde la Corte fijó su propia competencia, siendo el primer supuesto de excepción a la prohibición de ejercer de oficio el control de constitucionalidad, resolviendo que, si bien es de principio que el control de la validez de los actos de los demás poderes no puede ejercerse por los jueces de la nación *ex officio*, la excepción a regla surge en 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.

Otro caso en los que la Corte plasmó su postura excepcional, fue en “Bianchi, Alejandro y Cía. c/ Gobierno Nacional”<sup>25</sup>, en el que sostuvo que, si la norma pertinente fuera inconstitucional, la Corte habría estado facultada para declarar su invalidez, porque en el supuesto del cercenamiento de las atribuciones originarias del Tribunal, como lo es la de juzgar respecto de la calidad de sus integrantes, hace posible la defensa *ex officio*.

En definitiva, en este período la Corte mostró un criterio dual, consistente en una regla general, que establecía que el control no puede ser ejercido de oficio, y excepciones a la misma, cuando se trataba,

<sup>24</sup>CSJN. “Partido Provincial Unión Santiagueña”, 19/97/1937 Fallos: 238-288 (19/07/1957).

<sup>25</sup>CSJN. “Bianchi Alejandro y Cía c/Gobierno Nacional” La Ley: 103-235 (14/11/1960).



ARRIEGUI, Jorge A.

en el caso, de mantener su independencia como poder, o para preservar la integridad del Poder Judicial.

### 3.2.3 Tercera Etapa (de 1984 a 2001). Período permisivo minoritario

La tesis prohibitiva comenzó a mostrar fisuras entre los distintos integrantes de la Corte, respecto al ejercicio de control de constitucionalidad de oficio. Si bien esa tesis se mantuvo como regla por un tiempo más, fueron los Dres. Belluscio y Fayt quienes comenzaron a adoptar un criterio favorable al control de oficio, al que luego se sumaron los Dres. Boggiano y Vázquez. Los fallos destacados este período, fueron:

“Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario, en Sumario N°60/84”<sup>26</sup>, en el que la Corte Suprema debió resolver un conflicto de competencia, originado en el pedido de inhibitoria formulado por un juzgado de Instrucción Militar, a un juez de Instrucción Penal de la 10a Nominación de la ciudad de Rosario. Este último, para fundar su competencia, resolvió declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 108, inc. 2° del Código de Justicia Militar y art. 10 de la ley 23.049, y en base a ello, rechazó el planteo del Juez Militar.

En primera instancia la cuestión fue resuelta mediante la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales que determinaban la competencia de la jurisdicción militar.

El Alto Tribunal falló en voto dividido. La posición mayoritaria, integrada por los Dres. Carrió, Caballero y Petrachi, se pronunció en contra de lo resuelto y, fundado en precedentes del Alto Tribunal, sostuvo que el control de constitucionalidad ejercido de oficio por los tribunales judiciales no era válido, pues los jueces no pueden declararla sino a petición de parte.

El voto de los Dres. Fayt y Belluscio se expresó en disidencia con lo argumentado por la mayoría. La posición adoptada por Dr. Fayt fue la base de lo que, con el transcurso del tiempo, pasaría a ser el criterio mayoritario de la Corte.

Afirma el voto que es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto sino dentro de una causa concreta, en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución. Pese a ello,

---

<sup>26</sup>CSJN “*Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar N° 30 de Rosario*”, en Sumario N°60/84, 1984. Fallos: 306:303 (24/04/1984).



**ARRIEGUI, Jorge A.**

sostiene, no es necesaria la 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 invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio "*iura novit curia*"- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución, aplicando en caso de colisión de normas la de mayor rango, vale decir la constitucional, y desechando la de rango inferior.

Afirma el voto que de dicha disposición constitucional 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 y la significación de la Constitución, para averiguar si guardan conformidad a 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.

Asimismo expresa que admitir esa facultad no implica la creación de un desequilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, pues 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.

Otro de los argumentos del voto establece que 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 cuando se oponen a la Constitución.

Por último, considera que efectuar el control de constitucionalidad de oficio no provoca un menoscabo al 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 en el caso.

Sostiene que, pese a que el tribunal ha mantenido como principio la prohibición del control de oficio, admitió excepciones en los casos en que la Corte debió expedirse sobre leyes reglamentarias de su jurisdicción, por lo que admitida esa excepción resulta lógico extenderla a los casos en que los jueces estimen inconstitucionales las leyes que rigen su jurisdicción y competencia, en especial en el ámbito penal, pues la ausencia de planteamiento de la incompetencia "*ratione materiae*" por los



ARRIEGUI, Jorge A.

interesados no puede ser obstáculo para el pronunciamiento de oficio a su respecto; de lo contrario se forzaría a los magistrados a declinar la propia jurisdicción o asumir la de otros tribunales u órganos, sobre la base de normas constitucionalmente inválidas.

Como se puede advertir, esta postura consagra la potestad de los jueces de suplir el derecho invocado por las partes (*iura novit curia*), como así también fundamenta por qué la declaración de oficio de inconstitucionalidad no afecta los principios de equilibrio de los poderes constituidos, presunción de validez de los actos estatales y derecho de defensa de las partes.

En la causa “Peyrú, Osvaldo J. s/ apelación”<sup>27</sup>, el Alto Tribunal, por voto mayoritario, aplica el criterio jurisprudencial prohibitivo, basándose en el principio del equilibrio de los tres poderes, en oposición a otro fallo de los mismos integrantes del Tribunal, quienes habían declarado la inconstitucionalidad del art. 10 de la Ley N° 21.898. Como bien señala el Dr. Bianchi, este fallo pone en evidencia “el absurdo al cual conduce la aplicación mecánica de la regla de la prohibición del control de oficio”. (Bianchi, Alberto B. Control.... pág. 215).

Hasta el año 1998, la Corte Suprema, sostiene la misma tesis prohibitiva, votando por la mayoría los Dres. Caballero, Petracchi y Bacqué, y por la minoría lo Dres. Belluscio y Fayt.

En 1998, a la posición minoritaria, se sumó el Dr. Boggiano a través de su voto en disidencia.

La Corte Suprema también ha ejercido de oficio el control de constitucionalidad de las leyes, por vía de Acordadas, y ha justificado ese procedimiento excepcional, argumentando que:

*...tiene facultades para ejercer el control de constitucionalidad de una ley por vía de la Acordada cuando se trata de salvaguardar atribuciones originarias del Tribunal, en materia sustraída por el poder constitucional a la competencia del poder legislativo.*

Sobre este punto, el Dr. Bianchi sostuvo que si bien no existen en estos supuestos “caso judicial” -requisito indispensable para ejercitar el control judicial concreto- esta vía se justifica por su extrema excepcionalidad y fundamentalmente porque no puede privarse a la Corte de ejercer facultades en pro de su autopreservación. (Acordada n° 41/1998; Bianchi, “¿Puede la Corte ejercer control de constitucionalidad por vía de Acordada?; LL, 2001-B, pág. 112.).

---

<sup>27</sup>CSJN. “Peyrú, Osvaldo J. s/ apelación” Fallos 310-1401 (02/07/1987).



ARRIEGUI, Jorge A.

### **3.2.4. Cuarta Etapa (2001 a la actualidad). Período permisivo mayoritario y permisivo con limitaciones.**

Los casos correspondientes al período permisivo mayoritario, son: “Mill de Pereyra” y “Banco Comercial de Finanzas” -19/08/04-, pero en el mismo período se dieron casos permisivos con limitaciones, tales como “Astorga Bracht” 14/10/04, “Gómez” y “Strangio”.

Fue en el año 2001, en el caso “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa”<sup>28</sup>, cuando el Alto Tribunal, da comienzo a una nueva etapa del control de constitucionalidad de oficio, sentando el criterio favorable a dicho instituto.

Los hechos de caso, sucintamente fueron: los actores, jueces correntinos, promovieron una acción contra la Prov. de Corrientes con el objeto de que se les recompusieran sus haberes con motivo del deterioro sufrido a causa de la inflación, entre 1984 y 1988, ya que se afectaba la garantía de intangibilidad de sus retribuciones establecida en la Constitución Nacional. El Superior Tribunal de Corrientes hizo lugar a la demanda y declaró de oficio la inconstitucionalidad de ciertos artículos de la ley de Convertibilidad y de la ley local 4558. La demandada planteó el recurso extraordinario federal, siendo uno de sus agravios que se haya declarado de oficio la inconstitucionalidad de esas normas.

La Corte hizo lugar al recurso extraordinario y revocó la decisión del a quo. El voto mayoritario examinó la validez de la ley de convertibilidad (en tanto suscitó cuestión federal) a la luz de la Constitución, y concluyó que fue dictada por el legislador en ejercicio de la facultad prevista en el art. 75 inc. 11, CN, “no siendo válido asignar a la garantía constitucional de la intangibilidad una extensión tal que la coloque en pugna con la apuntada”, pero además aceptó la viabilidad del control de oficio.

Los fundamentos que la Corte esgrimió en favor del ejercicio del control de constitucionalidad de oficio, destacan que los jueces están habilitados para ejercerlo, sin que ello afecte el principio de división de poderes, pues siendo legítimo el control de constitucionalidad en sí mismo, carece de sentido sostener que no se produce un avance indebido del Poder Judicial cuando media petición de

<sup>28</sup>CSJN “*Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa*“ Sentencia del 27 de Septiembre de 2001.(LA LEY 2001-F, 891), <https://docs.google.com/document/d/1bqC4tJnZulx1Y7HpgLQxz3PjTFwfCyFYA-U3F0Ygscw/edit>



ARRIEGUI, Jorge A.

parte y sí cuando no la hay; por ello “no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes a favor del judicial y en MENGUA de los otros dos”. (cons. 9).

Un segundo argumento sostenido por este fallo, fue que la declaración de inconstitucionalidad de oficio respeta la presunción de legitimidad de los actos estatales, pues ésta cede cuando los actos cuestionados contrarían una norma de jerarquía superior.

En tercer lugar, sostiene que la declaración de inconstitucionalidad de oficio no lesiona el derecho de defensa en juicio, ya que lo contrario conduciría a descalificar “toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por las partes so pretexto de no haber podido expedirse sobre su aplicación en el caso”, por lo que reivindica la aplicación del principio “*iura novit curia*”.

En el considerando 10, reconoce la excepcionalidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, estableciendo que ella sólo procede si la incompatibilidad entre la norma que se pretende invalidar y el texto constitucional, resulta manifiesta e indubitable, además de inconciliable, pues tal medida reviste suma gravedad institucional, debiendo recurrirse a ella sólo cuando estricta y necesariamente se requiere.

Finalmente se pronuncia, en el mismo considerando, respecto del requisito de existencia de causa y con ello abandona el precedente del caso "Ganadera Los Lagos S.A.", afirmando que el ejercicio de la facultad judicial de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma:

*...no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución Nacional o de ésta, a efectos de resolver un conflicto contencioso, en los términos del art. 2 ley 27.*

En cuanto a los votos, considerados en forma individual, podemos decir que los jueces Fayt, Belluscio, Boggiano, y Vázquez sostuvieron la procedencia del control de oficio; en la posición contraria, exigiendo que el mismo sea a petición de parte, se encontraron los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor y Pretacchi; y en una posición intermedia se ubicaron Bossert y López (este último aclaró posteriormente que adhería en realidad a la primera postura mencionada).



ARRIEGUI, Jorge A.

Boggiano, en su voto, expresa que:

*...la declaración de inconstitucionalidad sin que medie petición de parte no importa un avasallamiento de los poderes Ejecutivo y Legislativo, pues dicha tarea hace a la esencia del Poder Judicial, una de cuyas funciones específicas consiste en controlar la constitucionalidad de la actividad estatal, a fin de mantener la supremacía de la Constitución Nacional.*

Agrega que dicha facultad de los jueces es válida dado que “tal declaración -de inconstitucionalidad- es una cuestión de derecho ínsita en el adagio *iura novit curia*, que incluye el deber de mantener la supremacía constitucional”.

El Dr. Vázquez, en su voto, entiende que la Corte, en cuanto actúa en su condición de cabeza del Poder Judicial, no precisa del planteo de caso o controversia judicial alguna y tampoco requiere del estímulo que provee la petición de parte legitimada, por lo que puede obrar de oficio para declarar la inaplicabilidad o nulidad de normas que afectan el ejercicio de la función judicial.

Afirma asimismo que el Tribunal ha admitido el control de constitucionalidad de oficio cuando están en juego normas que consagran excesos respecto de los límites puestos por la Constitución Nacional. Destaca que las razones para sostener la doctrina prohibitiva del control de oficio, fueron varias, pero ninguna está libre de serios reparos, lo que evidencia la necesidad de abandonarla, ya que la autoridad de los precedentes debe ceder ante la comprobación de la inconveniencia del mantenimiento de resoluciones anteriores.

El voto del que surge una posición intermedia (Bossert y López) entiende que el control de oficio, está condicionado a que se haya resguardado en forma suficiente el derecho de defensa en juicio de la parte que se ve afectada por la inconstitucionalidad. En efecto, sostiene:

*...La declaración de inconstitucionalidad de oficio no lesiona el derecho de defensa en juicio, si los litigantes tuvieron oportunidad de ser oídos sobre el punto en el remedio federal y su contestación.*

En su comentario a este fallo, el Dr. Bianchi sostuvo que los jueces López y Bossert aprobaron el control de oficio, en tanto hubo el derecho de defensa en juicio de la parte afectada, al considerar que la cuestión tuvo debate suficiente en esta instancia.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Una causa con similar solución a la anterior, dictada por Alto Tribunal fue la de “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra,<sup>29</sup> en el que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires había dejado sin efecto una declaración de inconstitucionalidad, dispuesta de oficio por la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, argumentando 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 no había sucedido en autos.

La síntesis del caso puede expresarse como sigue: en el marco de una quiebra, la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca declaró de oficio la inconstitucionalidad del Decreto N° 2.075/93, que establecía que los gastos y adelantos de cualquier naturaleza efectuados por el Banco Central de la República Argentina con posterioridad a la liquidación de una entidad financiera, debían entenderse como gastos del concurso de la entidad liquidada, gozando de la preferencia que otorga el Artículo 264 de la ley concursal.

Posteriormente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires resolvió dejar sin efecto tal declaración de inconstitucionalidad dispuesta de oficio. Contra esa sentencia, la entidad en liquidación interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la presentación de un recurso de queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación decide hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada, resolviendo a favor del Banco Comercial, por entender que el Máximo Tribunal Provincial, además de omitir el precedente de la Corte que oportunamente había declarado la inconstitucionalidad del Decreto Reglamentario aplicado a la cuestión, fue endeble en sus argumentos, porque indicaba que los tribunales judiciales no podían efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto.

Al respecto, manifestó la Corte que 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 y la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente,

---

<sup>29</sup>CSJN. “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s. quiebra” Fallos: 306:303 del 19 de agosto de 2004



**ARRIEGUI, Jorge A.**

incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución, aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango vale decir la constitucional, desechando la de rango inferior.

En los considerandos del fallo, manifiesta que los antecedentes del caso y, en especial, los planteos que fueron traídos a conocimiento del Tribunal, han sido claramente expuestos en los apartados I y II del dictamen del señor Procurador General, a los que se remite.

Esos planteos de la Procuración fueron: 1) la sentencia carece de fundamento, cuando se aparta de la doctrina de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición de ésta, quien es el intérprete último de la Constitución Nacional y las leyes. Afirma que el a quo debió haber señalado qué fue lo que no tuvo en cuenta el Tribunal Supremo, cuando determinó cuál debía ser la interpretación que debía darse a la norma aplicada en el caso, no siendo suficiente manifestar que discrepa con su doctrina. 2) reconoce que los jueces no tienen atribuciones para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, pues ello se relaciona con el superior principio de la división de poderes, pero también indica que existen razonables excepciones. En consecuencia, cuando se someten al conocimiento de los jueces cuestiones de derecho, no invocadas por las partes, están ellos facultados para efectuar el control de oficio, basados en los principios que refieren a *iura novit curia* y al deber de respetar y mantener la supremacía de la Constitución.

El fallo continua expresando que -tal como la Corte reiteradamente ha sostenido-, es elemental, conforme los términos de nuestra organización constitucional, la atribución del deber de los jueces -en los casos concretos en los que entienden- de examinar las leyes y compararlas con el texto de la Constitución, verificando si guardan conformidad con ésta, debiendo abstenerse de aplicarlas si no lo hicieran.

Reconoce expresamente la subsistencia de la regla en virtud de la cual no pueden los jueces declarar la inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, necesitando para ello de una causa concreta en la que deban aplicarse las normas que analiza, pero reconoce que de ello no se sigue que sea necesario que la parte interesada realice una petición expresa, ya que al versar el control de constitucionalidad sobre una cuestión de derecho, los jueces pueden suplir el que las partes no invocan



ARRIEGUI, Jorge A.

o lo hacen erróneamente, potestad que incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución en caso de colisión de normas, aplicando la de mayor rango y desechando la de rango inferior.

Utiliza el fallo tres argumentos para fundamentar su posición en favor del control de oficio.

Uno es el referido a que no se crea desequilibrio de poderes en favor del judicial, menguando el de los otros dos, pues si ello no ocurre cuando el control es a petición de parte, tampoco sucede si el control es de oficio.

El segundo argumento indica que no se opone el control de oficio a la presunción de la validez de los actos administrativos o estatales en general, atento a que ésta cede cuando contraría a una norma jerárquicamente superior.

Finalmente, sostiene que el control oficioso no menoscaba el derecho de defensa de las partes, pues si así fuera debiera descalificarse la aplicación de oficio de cualquier norma no invocada por ellas, so pretexto de que los interesados no se pudieran haber expedido respecto de su aplicación al caso.

Esta causa, se convirtió en un “*leading case*” para los Tribunales inferiores, ya que la Corte Suprema les reconoce la potestad 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 a ella,

### **Conclusiones parciales.**

Tal como se ha desarrollado en este capítulo, no existe disposición normativa alguna que establezca la obligatoriedad de que los jueces inferiores adopten en sus sentencias los precedentes de la CSJN.

No obstante ello, la propia Corte ha establecido, en la mayoría de sus fallos que, tanto los magistrados de grado como las Cámaras federales y locales, y las Cortes provinciales, deben aplicar en sus sentencias, la doctrina emanada de sus fallos.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Esa obligación de respetar el precedente, llamada “*stare decisis*” en el derecho anglosajón, aun no estando legislada en nuestro ordenamiento jurídico tiene vigencia, dado que la Corte misma se considera intérprete final de la Constitución, por lo que -como regla- ninguna sentencia que no se adecue a sus fallos será considerada válida. Es más, la declaración de inconstitucionalidad no deroga la norma anatemizada, pero ello en la medida que si en otro caso concreto es impugnada la norma invalidada, el juez inferior deberá declarar su ineficacia, so pena de dictar una sentencia arbitraria.

La excepción la fija la propia Corte, permitiendo que el juez inferior falle en oposición al precedente, sí y solo sí, incorpora argumentos referidos a la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio sostenido por aquella, o a elementos que no se hubieran contemplado, con la debida fundamentación.

Otro de los fundamentos de la obligatoriedad de los fallos es la economía procesal, pues se evita por vía de recursos recorrer todas las instancias, si el juez de grado acoge en la sentencia de primera instancia, al determinar y analizar la norma aplicable al caso concreto, la posición que, en la materia, ya ha adoptado el Máximo Tribunal.

Determinada la regla pretoriana que consagra un “*stare decisis*” de hecho, del análisis de la evolución de la doctrina de la Corte, en lo relacionado con la posibilidad del control de oficio de la constitucionalidad de una norma, se han verificado, a través del análisis de los fallos, cuatro etapas en la evolución de la doctrina del Máximo Tribunal, partiendo de una primera -que se extiende hasta el año 1941- al que se ha dado en llamar período de la necesidad justificatoria, en la que el Tribunal tuvo como regla negar la procedencia del control de oficio, pese a haber fallado ella misma, en casos determinados, ejercitándolo o reconociéndole a los jueces inferiores la posibilidad de controlar de oficio la constitucionalidad de la norma o acto.

En la segunda etapa, que se extendió hasta 1984, período que se reconoce como negatorio, pero con excepciones, hubo una posición dual, ya que la regla fue que el control de constitucionalidad sólo procedía a pedido de parte, salvo -y aquí es donde surge la excepción-, si el control refiriera a cuestiones referidas a mantener la independencia o la integridad del poder judicial.



ARRIEGUI, Jorge A.

Es recién a partir de 1984 a 2001, cuando se inicia un período en el que la regla sigue siendo la improcedencia del control de oficio, dado que la mayoría de los integrantes del Tribunal Supremo votaban según la misma, pero aparecen los primeros disensos de peso, cuando Ministros como Fayt y Belluscio votan en minoría, y sostienen que es necesario que se expidan los jueces en un caso concreto, pero que no se puede limitar el control de constitucionalidad al pedido de parte. Destacan que ello se funda en el principio *iura novit curia*, que incluye el deber de mantener la supremacía constitucional, cumpliendo con la obligación de analizar la norma aplicable al caso a resolver, y declararla inconstitucional si no se ajusta a los preceptos de la Carta Magna. Destacan que ello no puede quedar supeditado al pedido de parte.

Otro punto importante de esta nueva doctrina, es que la presunción de legalidad de normas y actos, al ser la misma *iuris tantum*, cede cuando se verifica su oposición a la Constitución, y afirma que el control *ex officio* no afecta el derecho de defensa en juicio, ya que si el juez basara su decisión en una norma distinta a la invocada por las partes- aun cuando no la descalificara con la inconstitucionalidad a las sí invocadas, -facultad/deber que los jueces tienen por aplicación del *iura novit curia*-, también podrían los justiciables invocar que la defensa en juicio ha sido violada, pero ello no sería reconocido como arbitrariedad, porque les está permitido a los jueces actuar de esta manera conforme los precedentes pretorianos.

Se ha destacado en este capítulo que es recién en la cuarta etapa, a partir del año 2001, con el dictado del fallo “Mill de Pereyra” y ratificado luego en autos “Banco Comercial de Finanzas S.A” del año 2004, cuando ya la Corte tiene resoluciones mayoritarias que avalan la procedencia del control de oficio.

Entre los principales fundamentos del voto mayoritario, se destaca: 1) que los jueces están habilitados para ejercer el control oficioso sin afectar la división de poderes, en tanto consideran que si procede a pedido de parte sin aquejar a esa división, no tiene sentido sostener que esa afección se produce cuando se ejerce de oficio. 2) la presunción de la validez de los actos administrativos o estatales cede cuando contrarían a una norma jerárquicamente superior. 3) en coincidencia con el voto en minoría del Dr. Fayt, en los autos “Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario”, el control oficioso no menoscaba el derecho de defensa de las partes, pues si así fuera



**ARRIEGUI, Jorge A.**

debiera descalificarse la aplicación de oficio de cualquier norma no invocada por ellas, so pretexto de que los interesados no se pudieran haber expedido, respecto de su aplicación al caso.

Lo que además destacan ambos fallos es que la declaración de inconstitucionalidad de oficio sólo procede en casos excepcionales, cuando la incompatibilidad de la norma con la Constitución resulta manifiesta, dado que la medida reviste gravedad institucional.

Se advierte nuevamente la necesidad de una regulación legal expresa que autorice el control oficioso en todas las instancias evitando vaivenes interpretativos, para así llenar el vacío normativo existente en la materia.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

## **CAPITULO IV**

**Posición actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación  
ante el control de constitucionalidad de oficio.**



ARRIEGUI, Jorge A.

## CAPITULO IV

### Posición actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ante el control de constitucionalidad de oficio.

#### Introducción

En el presente se exponen los vaivenes judiciales en la última década, de la doctrina de la CSJN. Se analizan fallos que implicaron un retroceso del Alto Tribunal, en los casos “Gómez” y “Strangio”, respecto de la admisibilidad del control de oficio, para luego abocarse al caso “Rodríguez Pereyra” que establece, en 2012, su total procedencia respecto del control de constitucionalidad de leyes federales, nacionales o locales, decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados, reglamentarios y autónomos, de resoluciones administrativas y actos jurídicos, aunque no exista petición de las partes.

Más, en 2014, arguyendo que hubo renuncia expresa del actor a que se revise un artículo de la LCT, vuelve a manifestarse la posición negatoria respecto del control oficioso, considerando incongruente la resolución de Cámara, en la que ese control se ejerció oficiosamente, por lo que devino- según la Corte-, en sentencia arbitraria.

#### 4.1. Los casos “Gómez” y “Strangio” y el retroceso en la postura de la CSJN.

Un artículo de la Dra. Marina Vitantonio del año 2009, plantea la existencia de un retroceso con relación a la doctrina sostenida en los fallos expuestos en la cuarta etapa de este capítulo: (Vitantonio, M. “*La cuestión de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las leyes*” La Ley, 19/06/2009. Pág. web: <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2502>, consultado el 07/07/2017).

Así, expresa que en la causa “Gómez” del 27 de diciembre de 2006<sup>30</sup>, se dispuso que la declaración de inconstitucionalidad de las normas no puede hacerse sin que esté expresamente solicitado por alguna de las partes, ya que lo contrario violaría el principio de congruencia procesal, más si con la declaración de inconstitucionalidad se llega a un resultado económico más amplio que el pretendido por el actor.

<sup>30</sup>CSJN. “Gómez, Carlos Alberto c. Argencard S.A. y otros. ordinario”, 27 de diciembre de 2006. Fallos: 329:5903.



ARRIEGUI, Jorge A.

Indica que, en igual sentido, la Corte ratificó en el caso “Strangio”<sup>31</sup> esa postura, pues el fallo de Cámara confirmó la decisión recurrida, y asimismo declaró la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la ley 24557,- lo que no había hecho el juez de primera instancia-, por lo que, dijo la Corte, que la Alzada incurrió en un apartamiento del principio de congruencia. La Corte indicó que 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.

Afirma la autora que el Máximo Tribunal vuelve a recortar la posibilidad de que los magistrados declaren de oficio la inconstitucionalidad de las normas, debiendo actuar sólo a pedido de parte, para no violentar el principio de congruencia y la garantía del debido proceso, pero manifiesta también que la duda que genera esta nueva postura es la de determinar si el criterio lo aplica sólo a los jueces de Cámara y Tribunales superiores de la Provincia-lo que sucede en los dos fallos citados- o si también se extiende a los jueces de primera instancia.

Manifiesta que si se acepta la primera postura, queda a salvo la posibilidad de que los jueces de primera instancia controlen de oficio la constitucionalidad de las normas, reconociendo la operatividad de los preceptos constitucionales, pero al vedar la procedencia de que los tribunales de alzada controlen la constitucionalidad de oficio, la Corte está priorizando el principio de congruencia sobre la supremacía constitucional.

Plantea como interrogante: si la Corte conserva el control de oficio de constitucionalidad de las normas por ser el intérprete último de la CN, y emite fallos que oficiosamente ejercen ese control, ¿viola el principio de congruencia?

#### **4.2. El caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y Perjuicios” y el regreso a la procedencia del control de constitucionalidad de oficio.**

En el año 2012 la Corte vuelve a las posturas de los fallos “Mill” y “Banco de Finanzas”, en el caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y Perjuicios”<sup>32</sup>. En dicha causa el

<sup>31</sup>CSJN “*Strangio, Domingo c. Cattorini Hnos. S.A. - C.I.F*”- 12/05/2009. LA LEY 19/06/2009, 7, con nota de Marina Vitantonio.

<sup>32</sup>CSJN. “*Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y Perjuicios*” 401 XLIII- 27 de noviembre de 2012.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Máximo Tribunal afirmó la independencia del Poder Judicial y admitió la posibilidad de que los jueces puedan declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley.

A partir de esta doctrina, tanto la Corte como los tribunales inferiores pueden -en el marco de su jurisdicción- declarar la inconstitucionalidad de leyes federales, nacionales o locales, decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados, reglamentarios y autónomos, así como de resoluciones administrativas y actos jurídicos, aunque no exista petición de las partes. El fallo fortalece la independencia del Poder Judicial al permitir a los jueces ampliar el control constitucional de los actos realizados por los otros poderes del Estado y recoge las demandas de la doctrina constitucional de avanzada, que pregonan un amplio control de constitucionalidad para defender los derechos individuales ante el avasallamiento del Estado.

En el caso en análisis, un conscripto había reclamado una indemnización con sustento en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil, contra el Estado Nacional, por las lesiones que sufrió mientras cumplía con el servicio militar obligatorio. La ley 19.101 de personal militar (art. 76, inc. 3º, apartado c, texto según ley 22.511), fijaba un tope máximo a este tipo de indemnizaciones, y excluía, por lo tanto, las reglas generales establecidas en el Código Civil para determinar los rubros indemnizatorios.

Al examinar el planteo, la Corte Suprema advirtió que la aplicación del referido régimen especial otorgaba al accidentado un resarcimiento sustancialmente inferior al que había sido admitido sobre la base de los parámetros establecidos en el Código Civil. Sin embargo, en el caso, dicho sistema no había sido impugnado constitucionalmente, lo que impedía prescindir de su texto para resolverlo.

Frente a esta evidencia, el Tribunal determinó que, dentro del marco constitucional vigente, se encontraba habilitado para declarar de oficio la inconstitucionalidad del artículo en cuestión, de la ley mencionada.

Para resolver de ese modo, la mayoría compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, a la que se sumó el voto concurrente del Dr. Fayt, recordó el deber de los magistrados de efectuar el examen de constitucionalidad de las normas, en la medida en que ese mecanismo constituye una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos reconocidos en la Constitución, contra los posibles abusos de los poderes públicos, según la clásica expresión de la Corte formulada en 1888 (Fallos: 33:162).



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Seguidamente recordó que a partir de 1994 el derecho internacional de los derechos humanos ha adquirido la más alta jerarquía constitucional en la Argentina. En ese marco agregó que, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los órganos del Poder Judicial deben descalificar de oficio las normas internas de cada país que se opongan a las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, igualmente deben descalificarse de oficio las normas que se oponen a la Constitución Nacional.

Una vez admitida la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad aunque no exista petición expresa de parte, la Corte Suprema procedió a realizar el examen constitucional de la norma, tarea para la que tuvo en cuenta: a) la finalidad resarcitoria del citado artículo; b) un precedente en el que había convalidado el cuestionamiento, con base constitucional, del que serían susceptibles los sistemas especiales de responsabilidad que admitían limitaciones indemnizatorias (Fallos: 327:3753); y c) el alcance del derecho constitucional a una reparación integral.

Sobre dichas pautas la Corte concluyó que, en este caso, la interpretación de la ley especial era incompatible con la Constitución Nacional, pues no se cumplía el objetivo reparador, ya que no se compensaba integralmente el daño sufrido por el actor.

Comentario personal al fallo: al consagrar la CSJN la procedencia de la declaración de oficio de inconstitucionalidad de la norma especial que limitaba el monto indemnizatorio, tuvo en cuenta no sólo un precedente del Alto Tribunal, en cuanto ya se había expedido respecto de los sistemas especiales de responsabilidad, por lo que los jueces inferiores no sólo debían de respetar esa interpretación, sino también otro precedente pero ya de orden internacional, cual fue la posición de la CIDH que declaró la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio de las normas internas de los países adherentes, en cuanto las mismas fueran contrarias a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Dado que, como ya se expresó en el presente, la SCJN había aceptado que la interpretación que la CIDH respecto de sus cláusulas debía ser respetada por los países adherentes al tratado, reconoce la procedencia del control oficioso.

Establecida la procedencia del control de oficio destaca que, aun cuando la actora no solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la ley especial que limitaba sus derechos, otorgándole al accidentado un resarcimiento sustancialmente inferior al regulado conforme los parámetros



ARRIEGUI, Jorge A.

establecidos en el Código Civil, declara inconstitucional sin que haya mediado petición de parte, la ley inferior que limitaba el monto resarcitorio.

#### **4.3. El fallo “Mansilla Carlos Eugenio c/ Fortbenton Ca. Laboratorios S.A. y otros s/ Despido”.**

##### **¿Un nuevo retroceso para el control constitucional de oficio?**

En marzo de 2014, la Corte dicta sentencia en autos “Mansilla, Carlos Eugenio c/ Fortbenton Ca. Laboratorios S.A, y otros s/ despido”<sup>33</sup>.

En su fallo, el Supremo Tribunal revocó el pronunciamiento de Cámara que había declarado de oficio la inconstitucionalidad del tope establecido en el art. 245 de la LCT, para el cálculo de la indemnización por despido, y al respecto manifestó que debía descalificarse la sentencia impugnada como acto jurisdiccional válido, ya que declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 245 de la LCT., apartándose de los términos en que había quedado trabada la litis.

Sostiene que la alzada concedió en su fallo lo que el interesado no había reclamado, sustituyó la voluntad de la parte y alteró “*el balance procesal en detrimento de la contraria*”.

Afirma que la sentencia de Cámara, al declarar de oficio la inconstitucionalidad, se excedió en su potestad jurisdiccional, menoscabando garantías consagradas en la Constitución y estima procedente el agravio que interpuso la empresa recurrente, quien expresamente alega que fue el propio actor quien había expuesto su conformidad con los límites máximos que establece la norma y que por ello el recurrente se vio privado de ejercer en juicio su defensa, viéndose afectado su derecho de propiedad.

Por ello sostuvo que debía revocarse el pronunciamiento de Cámara que fijó la indemnización por antigüedad sin el tope previsto por el art 245 de la LCT, dado que fue más allá de su competencia, al decidir sobre un punto que ni siquiera había sido objeto de reclamo, sino que- por el contrario-, su aplicación había sido aceptada por el actor. Afirma que, como ello afectó el derecho de propiedad de la empresa demandada, consagrado por el art. 17 de la CN, se violó el principio de congruencia y de defensa en juicio, dispuesto por el art. 18 del mismo cuerpo legal.

---

<sup>33</sup>CSJN “Mansilla Carlos Eugenio c/ Fortbenton Ca. Laboratorios S.A. y otros s/ despido” 6-mar-2014 Cita: MJ-JU-M-84698-AR | MJJ84698 | MJJ84698. Ed. Microjuris.com Argentina .



**ARRIEGUI, Jorge A.**

El dictamen de la Procuración General de la Nación, expresó que los jueces de la Cámara modificaron la sentencia de primera instancia, elevaron el monto de la condena y ratificaron la declaración de inconstitucionalidad del tope de la indemnización prevista en el art 245 de la LCT.

Sostuvo este dictamen que la Cámara interpretó que la labor desempeñada por el actor era la de promoción y difusión de productos medicinales, pero como también intervenía en la venta, debía ser encuadrado en el convenio colectivo de viajantes de comercio y no en el de agente de propaganda médica, y por ello indicó que analizar la razonabilidad del tope indemnizatorio, sólo podía medirse en relación a las circunstancias personales del trabajador.

Para decidir como lo hizo, la Alzada estimó que la indemnización alcanzaba la suma de \$128.112, pero que por aplicación del tope del art. 245 de la LCT, recibiría tan solo \$67.158. Entendió así que el único elemento objetivo era la diferencia de \$60.954 que terminaba quedando en manos de la empleadora; monto que no ponía en riesgo la seguridad empresaria pero que sí despojaba al trabajador de un derecho adquirido. Por esa razón encontró justificada la inconstitucionalidad de la norma por violación a los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional y consideró que para encontrar una medida de justicia que no violara el derecho del trabajador, era necesario determinar la procedencia de la indemnización por antigüedad sin el tope previsto por.245 de la LCT.

Contra dicha decisión la demandada interpuso recurso extraordinario federal y planteó que la misma violentaba una norma dictada por el Congreso, al declararse de oficio la inconstitucionalidad del tope del art. 245 de la LCT. Consideraba en dicho agravio que se vulneraban los principios de congruencia, del debido proceso y la defensa en juicio y por consiguiente el derecho de propiedad. Señaló que la sentencia se pronunció *extra-petita* al resolver sobre un punto que no constituyó objeto de reclamo y que en consecuencia no fue planteado por la actora, ya que ésta invocó en la demanda la aplicación del tope correspondiente a los Agentes de Propaganda médica, y no interpuso la inconstitucionalidad de la norma invalidada en su aplicación.

Continúa el agravio expresando que al reconocer el actor que realizaba las labores de promoción y difusión de productos regulado por el Convenio Colectivo 119/75, la Alzada no pudo, sino con arbitrariedad, decidir que el actor resultaba ser un Viajante de Comercio contemplado por el Convenio Colectivo 308/75. Es más, sostiene que la Cámara, por un lado, admite las diferencias salariales con



ARRIEGUI, Jorge A.

fundamento en este acuerdo de Viajantes y, por el otro, reconoce para el cálculo de la indemnización por despido, el convenio de Agentes de Propaganda Médica.

La Procuración indica así que la sentencia impugnada constituye un exceso al límite de la potestad jurisdiccional, menoscaba las garantías otorgadas por los arts. 17 y 18 de la C.N. y aconseja la apertura del remedio federal. Agrega que el actor no rechazó el tope del art 245 de la LCT, sino que pidió se aplicara el que resultare más favorable al trabajador, circunstancia que lleva a determinar que al suprimir la Cámara el tope legal, con una declaración de inconstitucionalidad no pedida por la parte, violó el principio de congruencia.

Reitera la Procuración que la demanda solicitó se aplique el tope indemnizatorio “más favorable”, pues si bien reconoció el accionante que su actividad tenía características de viajante de comercio y reclamó los adicionales para esa categoría, como la relación que le reconocía la empresa era la de agente de propaganda médica, cuyo tope es más favorable, solicitó, precisamente, que se aplicara ese tope más favorable al trabajador.

Destaca que la Corte ha establecido que el principio de congruencia, como expresión del derecho de propiedad y de la defensa en juicio, responde al sistema de las garantías constitucionales que establecen que el proceso proteja los derechos y no que los perjudique; y que para ello es necesario que la aplicación de la justicia se haga según la ley, que subordina al juez a respetar las limitaciones formales, lo que no significa hacer prevalecer las formas sobre el fondo, pero recordando que “en las formas se realizan las esencias”.

Conforme las manifestaciones efectuadas, consideró el dictamen de la Procuración, que el recurso interpuesto era procedente, debiéndose revocar la sentencia apelada, devolviendo los autos al tribunal de origen para el dictado de un nuevo pronunciamiento con el alcance indicado.

El fallo en sí del Alto Tribunal, manifestó que la alzada decidió que, con la prueba rendida, el actor debía ser categorizado como un viajante de comercio y no como un agente de propaganda médica, por lo que consideró que la resolución N° 29/2008 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, que establece un “tope indemnizatorio” de \$ 5.166, la motivó a “replantear el debatido tema de los topes” ya que *“por medio de esta técnica, el legislador buscó superar la hipótesis de confiscatoriedad cuando el pago de una indemnización, por accidente o por despido, deja prácticamente exangüe las arcas del empleador”*. Pese a ello, sostuvo la Alzada en el caso



**ARRIEGUI, Jorge A.**

concreto, la indemnización que le hubiera correspondido percibir de conformidad con su haber mensual, por 13 años de trabajo, alcanzaba a la suma de \$ 128.112,01; sin embargo, por aplicación del tope recibiría tan solo \$ 67.158”, quedando “la diferencia de \$ 60.954,01 en manos de la empresa”, importe que no ponía en riesgo la seguridad empresaria, pero sí despojaba al trabajador de un derecho adquirido, razones por las que no correspondía la aplicación del tope del art.245 de la LCT.

Continuando con los argumentos del Fallo de la Corte, éste manifiesta que la recurrente (la empleadora) se agravia por la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de una norma, cuando la constitucionalidad de la misma está reconocida por la propia actora, por lo que alega que la Alzada ha fallado *extra petita*, ya que en la demanda se expresó “que va a indicar el tope indemnizatorio a aplicar” y -enfatisa- “no cualquier tope, sino el tope indemnizatorio en el marco del convenio colectivo 119/75, de agentes de propaganda médica”. Señala que el recurrente manifestó que la prueba rendida fue valorada arbitrariamente pues no se esclareció debidamente cuál fue la principal actividad del actor, a quien cabía considerar como un agente de propaganda médica y no como un viajante de comercio.

Indica el fallo, en sus considerandos, que sólo una apreciación superficial del caso pudo permitir a la Cámara arribar a tal conclusión, en tanto ha habido una forzada apreciación del material probatorio y se ha vulnerado el principio de congruencia, ya que el actor explícitamente manifestó su conformidad con los límites fijados por el art. 245 al promover la demanda. Por ello sostiene que, con base en la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio, se deben considerar los agravios de la recurrente.

En lo atinente a la calificación del actor como viajante de comercio y a la valoración de la prueba rendida, que efectuó la Cámara para arribar a dicha conclusión, el recurso extraordinario fue declarado inadmisibile, indicándose que:

*...el remedio federal es procedente en los demás términos en que ha sido promovido, pues si bien es cierto que la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y el alcance de las peticiones de las partes constituyen extremos de índole fáctica y procesal ajenos al recurso extraordinario, ello no impide admitir la apertura del recurso federal, cuando la sentencia impugnada traduce un exceso en el límite de la potestad jurisdiccional del tribunal con menoscabo de las garantías consagradas en la Constitución Nacional.*

Lo fundamenta en la garantía constitucional de la defensa en juicio, pues ella reclama el acatamiento del denominado principio de congruencia o correspondencia.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Considera la Corte que cuando la Cámara decidió replantear el tema de los topes, argumentando a favor de la inconstitucionalidad del art 245 de la LCT, para que se considerara la remuneración del trabajador sin mengua alguna, sus razonamientos ignoraron la base fáctica del debate, pues fue el actor quien propuso la aplicación de un tope determinado, e incluso describió de manera precisa cuáles podían ser los límites a imponer en su remuneración. Así sugirió la aplicación de los conceptos derivados del fallo “Vizzoti” de esta Corte, los que surgen de la resolución 1970/08 -aplicable a los viajantes de comercio- y los derivados de la resolución 1140/08 -relativa a los agentes de propaganda médica, y sobre la base del principio “*in dubio pro operario*”, el actor efectuó un cálculo de su crédito según la mencionada resolución 1140/08, por resultar la “más favorable”, entre todas las planteadas.

Considera la Corte entonces que la declaración de inconstitucionalidad del art. 245:

*... importó un claro apartamiento de los términos en que había quedado trabada la litis, lo cual es inconcebible dentro de una racional administración de justicia, según la clásica definición dada por esta Corte hace más de cincuenta años en la causa “Estrada, Eugenio” (Fallos: 247:713) y reiterada hasta sus pronunciamientos más recientes (T.471.XLVII “Tello, María Luisa c/ Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares s/ amparo”, sentencia del 30 de abril de 2013)”.*

Estima que es propicio referirse a lo establecido en la causa R. 401. XLIII “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios” , fallada por esta Corte el 27 de noviembre de 2012, en el que el Alto Tribunal determinó que “el control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes“ Se enfatizó en dicha causa que el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables, entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes.

Recuerda la Corte que la descalificación constitucional de un precepto normativo, se encuentra supeditada a que en el pleito se demuestre que se ocasiona a alguna de las partes un perjuicio concreto, pues su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución.

Por ello remarca que, cuanto más claros sean tanto los argumentos de las partes como el sustento fáctico y jurídico, serán mayores las posibilidades de los jueces para decidir si ese gravamen sólo



ARRIEGUI, Jorge A.

puede realizarse declarando inconstitucional la norma que lo provoca. Agrega que el reconocimiento expreso de la potestad de control de constitucionalidad de oficio, no implica dejar sin efecto las reglas referidas a los requisitos y alcances de ese control.

En base a lo expuesto la Corte descalifica como acto jurisdiccional válido la sentencia recurrida, y manifiesta que la alzada concedió algo que el propio actor había resignado, por lo que transpuso su propio campo de actuación, sustituyéndose en la voluntad de una de las partes en detrimento de la contraria. Dice que ello la convierte en sentencia arbitraria, que carece de fundamentos serios y viola los derechos constitucionales invocados por la recurrente, por lo que la deja sin efecto y ordena que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Suscriben este fallo los Dres. Zaffaroni, Maqueda, Argibay, Fayt y Highton de Nolasco.

Comentario personal al fallo: Revisando los conceptos vertidos para revocar la sentencia de Cámara, en lo referente a la procedencia o no de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de la norma, corresponde determinar las diferencias entre el caso Rodríguez Pereyra de 2012, que la admite y este último caso en que la rechaza por producir una sentencia arbitraria.

En la causa Rodríguez Pereyra, el actor funda su derecho en los arts. 1109 y 1113 del entonces vigente Código Civil, a los fines de obtener el resarcimiento integral, pero no solicita la declaración de inconstitucionalidad del decreto que establecía topes para el resarcimiento, no obstante lo cual se realiza el control de constitucionalidad de oficio del mismo, declarándose la prevalencia de las normas por él invocadas para hacer lugar a su reclamo, por ser congruentes con las garantías protegidas por la CN.

Tanto las circunstancias fácticas como el derecho invocado en “Mansilla”, difieren del presente caso, ya que en éste el actor reconoce realizar como actividad principal la de agente de propaganda médica y algunas relacionadas con la de viajante de comercio. No rechaza la aplicabilidad de los topes previstos por el art. 245, sino que solicita se aplique el que le resulte más beneficioso. De ello deduce la Corte que, cuando la Cámara suple la voluntad explícita del actor, suprimiendo todo tope al declarar inconstitucionales los previstos en el art. 245 de la LCT, falla *extra petita*, no respeta el principio de congruencia, el de defensa en juicio y el derecho de propiedad.



ARRIEGUI, Jorge A.

Hasta aquí el razonamiento efectuado para revocar la sentencia de Cámara en “Mansilla”, implica que las condiciones fácticas y jurídicas propias del caso impiden afirmar la procedencia del control de oficio realizado por la alzada, en tanto el actor “se conformó” con la existencia de los topes y sólo solicitó se le aplique el más favorable, por lo que al fallar la Cámara más allá de lo pedido, justificó la declaración de arbitrariedad de la sentencia de alzada.

Pero, sin pretender desconocer la autoridad de los miembros de la Alta Magistratura, cabe la pregunta: ¿realmente la Cámara tuvo una actuación arbitraria y se extralimitó en sus funciones, fallando extra petita?

El interrogante surge porque aun cuando el actor menciona los tres topes posibles a aplicar, lo que en esencia peticiona es “que se le reconozca el monto indemnizatorio más favorable a sus intereses”, razón por la cual la Cámara le concede, -decidiendo eliminar todos los topes, al declarar inconstitucional el art 245 LCT-, lo que realmente el trabajador perseguía, es decir tomar como base de cálculo la que resultara más favorable a sus derechos.

Si el actor, en lugar de reconocer la existencia de esos límites normativos o jurisprudenciales respecto del monto sobre el que debía calcularse la indemnización, no los hubiera siquiera nombrado y sólo hubiese petitionado que se tomara como base de cálculo la que le fuera más favorable,- que obviamente hubiera sido el total de la remuneración sin aplicación de tope alguno- ¿cuál hubiera sido la postura de la Corte en el caso?

¿Podría seguir declarando incongruente la sentencia de Cámara? ¿Si en lugar de interpretar la Corte que el actor resignó la petición de inconstitucionalidad porque reconoció la validez de los topes, considerara- por aplicación del principio *iura novit curia*- que el actor invocó erróneamente los límites que establecía el art. 245 LCT, ya que no se condecían con lo que realmente quería cuando solicitó en la demanda que se aplicara la fórmula más favorable a sus intereses, ¿seguiría considerando que la alzada excedió sus límites?

Como se trata de cuestiones interpretativas, y pese a que los dos casos analizados tienen desde las demandas respectivas planteos distintos, se entiende en este trabajo que la aplicación del principio de justicia en el caso concreto hubiera ameritado el reconocimiento, por parte de la Corte de la aplicación del control constitucional de oficio, en cuanto la regla del debido proceso permitía al empleador ejercer su defensa ante el pedido de la solución más favorable, hecha por trabajador. Por otra parte, la



ARRIEGUI, Jorge A.

defensa del derecho de propiedad del demandado no tiene por qué ir en desmedro del derecho de propiedad que también corresponde al trabajador, por aquello del art. 16 de la CN, en cuanto, - pese a la desigualdad material entre las partes-, la formal todavía sigue constitucionalmente protegida.

### **Conclusiones parciales.**

El retroceso de la posición de la Corte, luego de los fallos que conferían plena validez al control de constitucionalidad de oficio, analizados en el capítulo III, se vio plasmado en algunos fallos dictados con posterioridad a 2004.

En efecto, a partir de 2006, tanto en el caso “Gómez” como en “Strangio”, se consagra la improcedencia del control de oficio, fundada esta posición en que violaba el principio de congruencia de las sentencias, por considerar que se fallaba extra petita.

Cabe entonces preguntarnos ¿qué quiere decir la Corte al fallar de esa manera? Para intentar una respuesta, resulta necesario recordar que la congruencia es el principio que garantiza el debido proceso, ya que le indica al juez cómo llegar a la sentencia, fijándole un límite a su discrecionalidad. En definitiva una resolución judicial congruente es la que se limita a otorgar o negar lo peticionado en la demanda, teniendo en cuenta el objeto de la petición y la causa concreta del litigio, basándose en las pruebas que las partes aportan.

Pero como el juez debe expresar en los considerandos de su fallo no sólo los hechos invocados y las pruebas rendidas, sino cuál es la norma que se debe aplicar, pertinente y válida, condicionada esa validez a que no viole la letra ni el espíritu de la Constitución, surge entonces un nuevo interrogante, cual es ¿cómo se llega a una sentencia congruente sin que el juez coteje la norma inferior con la Carta Magna, determinando la validez o no de la misma, su aplicabilidad o su improcedencia, si ninguna de las partes la impugnó?

La única respuesta posible ante la facultad/deber del juez de cumplir esa función que la propia constitución le impone, es a través del control de oficio de la constitucionalidad de la norma. Pretender entonces que el ejercicio de dicho control determine que su resolución al caso devenga en



ARRIEGUI, Jorge A.

incongruente, por otorgar lo no pedido (extra petita), implica desconocer el principio *iuris novit curia*, reiteradamente reconocido por la CSJN.

En 2012 parecen volver las cosas a su cauce, cuando en el fallo “Rodríguez Pereyra”, la mayoría de la Corte, fundada en los argumentos de Fayt , vuelve a instalar que corresponde al Poder Judicial el control de oficio de leyes y decretos del ejecutivo, afirmando que dicho control no lesiona la división de poderes, la presunción de legalidad de normas y actos emanados de los órganos competentes, la defensa en juicio ni el debido proceso, sino que responde a la manda constitucional que pone en cabeza de los Magistrados controlar que una norma inferior no se contraponga a la Constitución, declarando su inaplicabilidad si así sucediere.

El Caso planteado en el punto 4.2 -“Mansilla” 2014-, provoca cierto estupor, en especial porque ha sido votado por la totalidad de los integrantes del Máximo Tribunal. De su atenta lectura, no resulta adecuado estimar que el actor renunció a impugnar el art 245 de la LCT, aun cuando manifestó aceptar el tope que resultare más favorable a su derecho, ya que precisamente lo más favorable era la inexistencia de tope, y así lo resolvió la Alzada, concediéndole la indemnización por antigüedad que más lo beneficiaba, declarando de oficio la inconstitucionalidad del mencionado artículo. Al considerar la Corte que la sentencia era incongruente, que había fallado extra petita por conceder lo no pedido por la parte, ha obviado uno de los principios específicos del derecho laboral: *in dubio pro operario*, ya que el actor, más allá de su planteo de elegir el tope que más le convenía, resaltó que buscaba la solución más favorable, y esa fue precisamente la que le otorgó la Cámara examinando la norma aplicable: la solución más favorable para satisfacer su petición, era eliminar los topes, que la indemnización se calculara sobre los haberes que le correspondían, sin mengua alguna. Por ello se estima que revocar la sentencia por considerarla incongruente, determinando la improcedencia del control de oficio, es -sobre todo en materia laboral- un claro retroceso con relación al precedente del año 2012.



ARRIEGUI, Jorge A.

## CONCLUSIONES FINALES.

Se ha planteado como hipótesis en el presente si les cabe a los jueces la facultad de ejercer el control de oficio de la constitucionalidad de las leyes que aplican en el caso concreto. Para ello, se introdujeron- previo a analizar la doctrina que surge de los fallos de la CSJN, conceptos tales como la idea de constitución, la de supremacía de la Norma Fundamental y el control de constitucionalidad.

Estos planteos previos al análisis de los fallos de la Corte, se realizaron a partir de un eje fundamental, cual lo es el hecho de que el instituto del control de constitucionalidad de oficio no se encuentra contemplado en ninguna norma jurídica, sino que resulta de una creación pretoriana.

El control de constitucionalidad refiere a la concordancia que la norma debe tener no sólo con la letra sino con el espíritu de la Ley Fundamental y los Tratados de Derechos Humanos que revisten igual jerarquía, por lo que el objetivo de su aplicación tiende a garantizar el funcionamiento del Estado, ya que si bien resguarda la división de poderes- en tanto el control se ejerce dentro de ciertos límites- al mismo tiempo impide que se concentre en uno sólo de ellos la suma del poder público, evitando así el autoritarismo y la nefastas consecuencias que del mismo devienen.

Conjugando dos normas de suma importancia en este tema, una de las cuales es que la CN no puede ser reformada- en nuestro ordenamiento jurídico- con el mismo procedimiento que las leyes inferiores, en tanto requiere para ello la sanción de una ley especial que habilite la modificación, la elección de una convención constituyente y que la misma se atenga.-para modificarla- al expreso mandato dado por dicha ley especial, por una parte y por la otra, el derecho-deber de los jueces de analizar las normas cuando corresponde su aplicación en el caso concreto, para asegurar que las mismas no sean contrarias a las disposiciones de la Carta Magna, resulta que así se fortalece el estado de derecho, se asegura la vigencia de sus poderes soberanos y se garantiza el ejercicio de los derechos de los gobernados.

Entre los límites- reconocidos como tales por toda la doctrina al control de constitucionalidad, sea este a pedido de parte u oficioso, se encuentra el requerimiento de que el mismo se produzca dentro de un caso concreto que incoe una parte, siendo otro de los requisitos-el más discutido- que el mismo sea contencioso.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Mas éste último ha sido superado cuando se autorizó la procedencia del control sin que el caso contencioso se evidencie, cuando sólo exista la incerteza respecto de la aplicabilidad de una u otra ley, y aunque se trata en realidad de una acción autónoma de constitucionalidad, se la subsume en la acción de declaración de certeza, la que procede ante la duda en la aplicabilidad de una ley a una situación concreta o en el caso de un conflicto entre una ley y un acto del poder administrador, que tenga la posibilidad de lesionar intereses legítimos aun cuando el daño no se haya producido.

Se hace entonces, a través de la sentencia en el caso, cesar la incerteza, mediante una decisión que establece la validez o no de una ley, en relación con las disposiciones constitucionales.

Debe reiterarse que, ante el vacío legal que consagra la procedencia del control constitucional de oficio, fue la CSJN la que ha marcado el rumbo al respecto, pese a que desde su instalación hasta el 2001 mantuvo- como regla- una postura contraria a aquella, exigiendo para poder concretar el control constitucional que el mismo fuera introducido por una o ambas partes, estableciéndose recién a partir de dicho año que, tanto la propia Corte como los demás tribunales inferiores, tenían el derecho/deber de efectuar de oficio el control de constitucionalidad, en el caso concreto traído a su resolución.

Estos fallos actuales de la Corte, consagraron la ausencia de violación en el control oficioso, tanto del principio de separación de poderes, como del debido proceso, defensa en juicio y presunción de legalidad de leyes y actos del poder administrador, con especial mención de los argumentos sostenidos por los Dres. Fayt y Boggiano, quienes- con su voto minoritario en disidencia- atacaron fundadamente los argumentos sostenidos por la mayoría, en las sentencias que negaban la procedencia del control de oficio, sosteniendo como regla que dicho control solo procedía a pedido de parte.

Antes de analizar los puntos en favor del instituto del control de oficio, se considera importante para su comprensión destacar lo desarrollado en este trabajo en relación con los tipos de sistemas de control- concentrado y difuso-, propio el primero de los países europeos, en los que se le otorga a un órgano distinto del poder judicial, -los Tribunales Constitucionales-, el ejercicio del control de constitucionalidad, siendo los efectos de sus resoluciones aplicables erga omnes, por lo que la ley que no respete la letra o el espíritu de la Carta magna, es aniquilada por su nulidad manifiesta. Si bien en nuestro sistema, que responde al control difuso, todos los jueces del poder judicial se encuentran



**ARRIEGUI, Jorge A.**

habilitados para controlar la constitucionalidad de las normas aplicables al caso concreto sujeto a su decisión, su efecto es sólo inter partes, por lo que no queda derogada si ha sido tachada de incompatible con la Ley Fundamental.

Pero, asimismo, ha sido objeto de análisis que, cuando es la Corte la que declara la inconstitucionalidad de la norma, dada la autoridad del precedente y aun cuando no se deroga la misma, si una parte en un nuevo caso invoca esa inconstitucionalidad, la misma debe ser así declarada por el juez.

Aquí resulta de interés referirnos a que, en nuestro ordenamiento, no se encuentra legislado el *stare decisis*, pero por creación pretoriana la Corte rechaza por arbitrarias las sentencias que no se ajusten al precedente, salvo que el juez que se apartó del mismo, introduzca argumentos fundados o situaciones no contempladas en los fallos del Supremo Tribunal, que aconsejen una solución distinta a la decidida en casos similares.

De lo expuesto se evidencia que existen dos situaciones de vacío legal: la ausencia de normas que regulen la procedencia y requisitos del control constitucional de oficio, y la inexistencia de leyes que determinen la obligatoriedad o no del precedente.

Dada esta ausencia normativa, la doctrina se ha dividido en dos corrientes opuestas.- la negatoria y la admisoras de este instituto- cuyos argumentos fueron analizados y contrapuestos, tendiendo así a llegar una conclusión que deseche o avale la tesis propuesta en este trabajo.

Si bien el control de constitucionalidad de oficio es una creación pretoriana y la jurisprudencia es una fuente válida de derecho, las posiciones de la Corte al respecto han sido zigzagueantes, han variado con la incorporación de Magistrados con puntos de vista disímiles en razón de su formación jurídica, e incluso han cambiado por circunstancias debidas a las variaciones histórico sociales de la comunidad en que se aplican. Ello provoca, tanto en los justiciables como en la población en general, la inseguridad jurídica propia del “no saber a qué atenerse”, en el planteo de sus conflictos en sede judicial.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

Como resultado de analizar las posiciones negatorias al control de oficio, surge que uno de sus principales argumentos es desconocerla aplicabilidad del principio “*iura novit curia*”, en tanto consideran que admitir su procedencia puede derivar en fallos extra petita y afectar tanto la congruencia de la sentencia emitida por el juez, como la defensa en juicio y la imparcialidad e imparcialidad del Magistrado, con relación al caso que resuelve. Así privilegian lo que, -sostienen-, deriva de la propia Constitución, es decir la prevalencia de los valores libertad y seguridad jurídica, por sobre los valores justicia y verdad.

Para elaborar una crítica a cualquier teoría, se suele partir de una concepción filosófica fundada en “el deber ser” y, como quien la efectúa tiene internalizada la convicción que considera adecuada, se considera en el presente- efectuando precisamente la crítica a la posición negatoria-, que no es posible justificar- analizando todo el ordenamiento jurídico a partir de la Ley Fundamental, que la prevalencia de la libertad y la seguridad jurídica sean los pilares fundamentales a los que deben subordinarse otros valores, como la justicia y la verdad.

Esta opinión se funda en que cuando la Constitución, consagra los derechos y garantías que protege, no establece un orden de prelación de los valores, sino que los armoniza en torno a la búsqueda de una correcta interpretación de la ley, que asegure a los habitantes la resolución de los conflictos en términos de equidad, de forma tal que se logre la paz social, función que dio origen al Estado y en consecuencia a las normas que el pueblo se ha dado para el manejo tanto legal como legítimo de sus instituciones.

Con base en lo arriba expuesto, se deduce que al ser la Constitución una norma de orden público, la única posibilidad de que sus disposiciones se apliquen correctamente, necesita de una interpretación igual de correcta, correspondiendo la misma a los jueces, quienes son los que deben aplicar la ley en el caso concreto.

La doctrina que propicia la postura admisora plantea que si las partes invocan una ley que no resulta aplicable al caso, o la que introducen resulta contraria a la letra o al espíritu de la Constitución, es el juez interviniente- cualquiera sea su grado- quien debe determinar si la misma se adecua a la letra



**ARRIEGUI, Jorge A.**

y al espíritu de la Ley fundamental y, en consecuencia, considerar primero si es válida y luego, si es aplicable a la cuestión a resolver.

Por ello, negar la procedencia del principio “*iura novit curia*”, provocaría un efecto tal que los sentenciantes, ante el derecho que aleguen las partes en defensa de su pretensión, en lugar de analizar su aplicabilidad y procedencia o determinar cuál es la norma adecuada al caso, se limitaría a correr el albur de elegir -entre dos posiciones no admisibles-, la que resultare menos contradictoria con el texto constitucional y sería así un mero árbitro indiferente respecto del valor justicia, limitándose a fundar y motivar su sentencia en una de las opciones que los justiciables arguyen, aun cuando ninguna de las normas propuestas respete las disposiciones constitucionales.

Si así se procediera, carecería de sentido la existencia misma del Poder Judicial pues, ante la falta de impugnación por las partes respecto de la constitucionalidad de una ley, el control constitucional del derecho aplicable no procedería y se desconocería la operatividad que, como norma de orden público, tiene la Constitución.

Los defensores de la teoría admisoras tienen que cuando el sentenciante “elige”, al efectuar el control de constitucionalidad entre las normas que regulan el caso,- invocadas o no por las partes-, la que no se opone a las disposiciones constitucionales o, entre varias normas aplicables desecha por violatoria de la Constitución a una o varias de ellas, tiene la obligación de fundamentar y motivar su fallo.

Si así no lo hiciera o si ambas acciones afectaran la coherencia interna del mismo -ya que la incongruencia no sólo se produce por fallar extra, ultra o infra petita sino también intra petita-, su sentencia deviene en arbitraria y en consecuencia revisable en instancias superiores, aún mediante los recursos extraordinarios ante las Cortes locales y la CSJN. Por ello afirman que la imparcialidad se resguarda, dado la revisibilidad de los fallos.

Otro de los fundamentos invocados por la corriente negatoria contra el control de oficio, es que éste afecta el debido proceso, en cuanto la parte que resultara perjudicada por la aplicación de éste instituto no pudo efectuar su defensa, dado que no fue introducida la cuestión antes del dictado de la



**ARRIEGUI, Jorge A.**

resolución. Surge ante esta postura, cuanto menos un interrogante: ¿y si se invoca el argumento opuesto, es decir si se establece la obligación de que las partes, -“conocedoras del derecho como el juez mismo”- tal como lo afirma uno de los representantes de la corriente negatoria- analizaran en su demanda la constitucionalidad de las normas que invocan, fundando acabadamente el porqué de su aplicabilidad, no se obviaría la cuestión de la debida defensa?

En la realidad procesal cotidiana, sucede que en muchos de los casos judiciales que se incoan, quizás en la mayoría, el justiciable sólo invoca la ley aplicable pero omite realizar el análisis y justificación de su constitucionalidad. Ello no implica que se viole su derecho de defensa, sino que su inactividad al respecto tiene el mismo efecto que no ofrecer o producir las pruebas que hacen a su derecho. Ante esa omisión voluntaria, no puede luego invocar que no pudo defenderse, sino que no lo hizo por su propia decisión. Su omisión, entonces, es -y “debe ser”- suplida por el juez, quien tiene la obligación legal de controlar la constitucionalidad de la norma aplicable y de suplir la que se ha invocado y resulta improcedente en relación al caso, o inconstitucional.

De lo expuesto resulta entonces que no se viola el debido proceso ni el derecho de defensa en juicio cuando se efectúa el control sin pedido de parte, pero queda pendiente otro de los argumentos esgrimidos por la teoría negatoria, cual es que el control de oficio viola el principio de la presunción de legitimidad de los actos emanados de los otros poderes del Estado.

La respuesta adecuada tal como se expuso en el presente, la da el maestro Bidart Campos en su defensa del control oficioso, en cuanto afirma que, en la medida en que aquella es una presunción que admite prueba en contrario, si la demostración de su arbitrariedad se produce, esa presunción cede. Consecuente con lo expresado, si la propia doctrina negatoria reconoce que las partes pueden hacer caer la presunción de legitimidad ante la demostración de su arbitrariedad, cuánto más le corresponde al juez, quien no es un convidado de piedra en el proceso, sino quien debe resolver el caso concreto en términos de equidad, revisar esos actos y declararlos inválidos si no son compatibles con las disposiciones constitucionales, aun cuando las partes no lo hayan solicitado.

En definitiva, pedirle a los jueces que fallen en oposición a los valores de justicia y equidad, por el sólo hecho de que no deben inmiscuirse en el accionar de los otros poderes, sólo porque las partes



**ARRIEGUI, Jorge A.**

omitieron la petición de ese control, desnaturaliza su función esencial, cual lo es la de “administrar justicia”.

Debe destacarse que esas dos corrientes,-negatoria y admisora- no sólo fueron sostenidas por los estudiosos del derecho, dedicados a la dogmática jurídica, sino que se trasuntan en las decisiones que la propia CSJN ha mantenido a través del tiempo, pues sostuvo como regla, durante un largo período, la improcedencia del control oficioso, hasta que recién a partir de 2001 la admite, sujeta a los requisitos que esta Alta magistratura dispuso.

Como se ha reiterado a lo largo del presente, no hay norma alguna que consagre en forma cierta y terminante, tanto la procedencia del control oficioso como los requisitos que hacen a su ejercicio.

La evolución de la doctrina de la Corte se ha verificado, a través del análisis de los fallos, en cuatro etapas , partiendo de una primera -que se extiende hasta el año 1941- a la que se ha dado en llamar período de la necesidad justificatoria, en la que el Tribunal tuvo como regla negar la procedencia del control de oficio, pese a haber fallado ella misma en casos determinados, ejercitándolo o reconociéndole a los jueces inferiores la posibilidad de controlar de oficio la constitucionalidad de la norma o acto.

En la segunda etapa, que se extendió hasta 1984, período que se reconoce como negatorio pero con excepciones, hubo una posición dual, ya que la regla fue que el control de constitucionalidad sólo procedía a pedido de parte, salvo- y aquí es donde surge la excepción-, si el control refiriera a cuestiones relacionadas con mantener la independencia o la integridad del poder judicial.

Es recién a partir de 1984 y hasta 2001, cuando se inicia un período en el que la regla sigue siendo la improcedencia del control de oficio, adoptada por la mayoría de los integrantes del Tribunal Supremo , pero en este período aparecen los primeros disensos de peso, cuando Ministros como Fayt y Belluscio votaron en minoría, y sostuvieron que era necesario que se expidieran los jueces en un caso concreto, determinando que no se puede limitar el control de constitucionalidad al pedido de parte.



ARRIEGUI, Jorge A.

Destacan que ello se funda en el principio *iura novit curia*, que incluye el deber de mantener la supremacía constitucional, cumpliendo con la obligación de analizar la norma aplicable al caso a resolver y declararla inconstitucional si no se ajusta a los preceptos de la Carta Magna.

Otro punto importante de esta nueva doctrina,- aunque hasta 2001 minoritaria-, es que la presunción de legalidad de normas y actos, al ser la misma *iuris tantum*, cede cuando se verifica su oposición a la Constitución, y afirma que el control *ex officio* no afecta el derecho de defensa en juicio, ya que si el juez basara su decisión en una norma distinta a la invocada por las partes- aun cuando no descalificara con la inconstitucionalidad a las que sí fueron invocadas,- podrían los justiciables invocar que la defensa en juicio ha sido violada, pero ello no sería reconocido como arbitrariedad porque les está permitido a los jueces actuar de esta manera, conforme los precedentes del Alto Tribunal.

Se ha destacado que es recién en la cuarta etapa, a partir del año 2001, con el dictado del fallo “Mill de Pereyra” y ratificado luego en autos “Banco Comercial de Finanzas S.A” del año 2004, cuando ya la Corte tiene resoluciones mayoritarias que avalan la procedencia del control de oficio.

Entre los principales fundamentos del voto mayoritario, en favor del control oficioso, se destacan: 1) que los jueces están habilitados para ejercer el control oficioso sin afectar la división de poderes, en tanto consideran que si procede a pedido de parte, sin afectar a esa división, no tiene sentido sostener que esa afección se produzca cuando se ejerce de oficio. 2) la presunción de la validez de los actos administrativos o estatales cede cuando contrarían a una norma jerárquicamente superior. 3) en coincidencia con el voto en minoría del Dr. Fayt, en los autos “Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar nº 50 de Rosario”, se sostuvo que el control oficioso no menoscaba el derecho de defensa de las partes, pues si así fuera debiera descalificarse la aplicación de oficio de cualquier norma no invocada por ellas, so pretexto de que los interesados no se pudieran haber expedido respecto de su aplicación al caso, previo a la sentencia.

Lo que además destacan ambos fallos, es que la declaración de inconstitucionalidad de oficio sólo procede en casos excepcionales, cuando la incompatibilidad de la norma con la Constitución resulta manifiesta, dado que la medida reviste gravedad institucional.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

El retroceso de la posición de la Corte, luego de los fallos enunciados, que conferirían plena validez al control de constitucionalidad de oficio, se vio plasmado en algunos fallos dictados con posterioridad a 2004. En efecto, a partir de 2006, tanto en el caso “Gómez” como en “Strangio”, se consagra la improcedencia del control de oficio, fundada esta posición en que su admisión violaba el principio de congruencia de las sentencias.

Cabe entonces preguntarnos ¿qué quiere decir la Corte al fallar de esa manera? Para intentar una respuesta, resulta necesario recordar que la congruencia es el principio que garantiza el debido proceso, ya que le indica al juez cómo llegar a la sentencia, fijándole un límite a su discrecionalidad. En definitiva, una resolución judicial congruente es la que se limita a otorgar o negar lo peticionado en la demanda, teniendo en cuenta el objeto de la petición y la causa concreta del litigio, basándose en las pruebas que las partes aportan.

Pero, como el juez debe expresar en los considerandos de su fallo no sólo los hechos invocados y las pruebas rendidas, sino cuál es la norma que debe aplicar, pertinente y válida, condicionada esa validez a que no viole la letra ni el espíritu de la Constitución, surge un nuevo interrogante, cual es: ¿cómo se llega a una sentencia congruente sin que el juez coteje la norma inferior con la Carta Magna, determinando la validez o no de la misma, su aplicabilidad o su improcedencia, si ninguna de las partes la impugnó?

La única respuesta posible ante la facultad/deber del juez de cumplir esa función que la propia Constitución le impone, es a través del control de oficio de la constitucionalidad de la norma.

Pretender entonces que el ejercicio de dicho control determine que su resolución al caso devenga en incongruente, por otorgar lo no pedido (*extra petita*), implica desconocer el principio *iuris novit curia*, reiteradamente reconocido por la CSJN.

En 2012 parecen volver las cosas a su cauce, cuando en el fallo “Rodríguez Pereyra”, la mayoría de la Corte, fundada en los argumentos de Fayt, vuelve a instalar que corresponde al Poder Judicial el control de oficio de leyes y decretos del ejecutivo, afirmando que dicho control no lesiona la división de poderes, la presunción de legalidad de normas y actos emanados de los órganos competentes, la



ARRIEGUI, Jorge A.

defensa en juicio ni el debido proceso, sino que responde a la manda constitucional, que pone en cabeza de los Magistrados controlar que una norma inferior no se contraponga a la Constitución, declarando su inaplicabilidad si así sucediere.

Pese a lo expresado, el caso “Mansilla” de 2014, provoca cierto estupor, en especial porque ha sido votado por la totalidad de los integrantes del Máximo Tribunal. De su atenta lectura, no resulta adecuado estimar que el actor renunció a impugnar el art 245 de la LCT, aun cuando manifestó aceptar el tope que resultare más favorable a su derecho, ya que precisamente lo más favorable era la inexistencia de tope, y así lo resolvió la Alzada, concediéndole la indemnización por antigüedad que más lo beneficiaba,- es decir sin tope alguno-, declarando de oficio la inconstitucionalidad del mencionado artículo.

Al considerar la Corte que la sentencia era incongruente, que había fallado extra petita por conceder lo no pedido por la parte, ha obviado uno de los principios propios del derecho laboral: “*in dubio pro operario*”, ya que el actor, más allá de su planteo de elegir el tope que más le convenía, resaltó que buscaba la solución más favorable, y esa fue precisamente la que le otorgó la Cámara, examinado la norma aplicable: la solución más favorable para satisfacer su petición, era eliminar los topes, para que la indemnización se calculara sobre los haberes devengados sin mengua alguna. Por ello se estima que, revocar la sentencia por considerarla incongruente, determinando la improcedencia del control de oficio, es- sobre todo en materia laboral- un claro retroceso con relación al precedente del año 2012.

Conforme a todo lo expuesto y los sólidos argumentos sostenidos por la doctrina judicial mayoritaria, que avalan la procedencia del control de oficio, en tanto responde a la necesidad de que en todos los casos- y en especial cuando el control de parte no se ha solicitado´-, el juez puede “por sí y ante sí” efectuar la revisión exhaustiva de la correspondencia entre el caso y la ley aplicable, y declarar nula e improcedente toda norma que contraríe el espíritu o la letra de la Constitución.

Como propuesta específica, para evitar los vaivenes jurisprudenciales, y tendiendo a resguardar tanto el valor justicia como el principio de seguridad jurídica, que permita a toda la población conocer a qué atenerse cuando deba llevar un caso ante el poder judicial, se propone la sanción de normas



**ARRIEGUI, Jorge A.**

con ámbito de aplicación nacional , que declaren no sólo la procedencia de la oficiosidad en el control de constitucionalidad, lo que ya es parte del texto de Constituciones locales, como sucede en la Provincia de San Luis, sino también que establezcan los requisitos que indiquen cómo procede ese control . Si ello se lograra, el derecho a aplicar mediante el control judicial de constitucionalidad, sea a petición de parte o de oficio, sería “la ley justa”, pues si no lo es no tiene validez, y por lo tanto no obliga a su aplicación ni a cumplimiento.

Cuando el art. 116 de la CN establece que el poder judicial de la nación debe conocer y decidir todas las causas que versaren sobre puntos regidos por ésta, le indica a los magistrados que deben aplicar su texto, e inaplicar todo derecho que la contraríe.

Cabe apuntar entonces que pretender la operatividad de la supremacía constitucional, sin que se reconozca la facultad de los jueces de efectuar el control de las normas inferiores garantizando la plena vigencia de la Constitución,- aun cuando las partes no lo insten-, pone en peligro el Estado de derecho.

Por el contrario, y tal como se expone en la hipótesis planteada, si los jueces pueden válidamente declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes y actos que contraríen la letra o el espíritu de la Constitución, se asegura su supremacía aun cuando los fallos sean revisables en instancias ulteriores.

En definitiva y tal como se ha reiterado a lo largo del presente, debiera sancionarse, para evitar las controversias respecto de la procedencia del control *ex officio*, la normativa que consagre y ratifique la creación pretoriana, llenando el vacío existente en la materia.



ARRIEGUI, Jorge A.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

Alfonso Santiago (dir.), *“Historia de la Corte Suprema Argentina”*, Ed. Marcial Pons, 2014, t. III, pág. 2056.

Bazán, Víctor *“La Corte, la declaración de inconstitucionalidad de oficio y el sendero hacia la superación de una doctrina judicial inconsistente”*, ED, 179-322.

Bianchi, A. *Una reflexión sobre el llamado "control de convencionalidad"* Publicado en: Sup.Const.2010(septiembre),23/09/2010,LA LEY2010-E, 426.

Bianchi, A. *Control de constitucionalidad: el proceso y la jurisdicción constitucionales*, Editorial Abaco, Bs.As., 1992, pág. 204, 362, 326.

Bianchi, Alberto B., *¿Se ha admitido finalmente el control constitucional de oficio? La Ley, (2002)-A, pág. 8.*

Bidart Campos, Germán, *“La jurisprudencia obligatoria”*, *La Ley -2001-F- p. 1492.*

Bidart Campos, G. *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, 1964, p. 424.

Bidart Campos, Germán, *“Tratado elemental de derecho constitucional argentino: Sociología del derecho constitucional”*, Vol. II, p. 477.

Bidart Campos, G. *“Manual de Derecho Constitucional Argentino”*. EDIAR, Bs.As., 1981, pág. 205.

Bidart Campos, G., *“Manual de la Constitución Reformada”*, T. I, Pág.356, 3ª Ed., Ed. Ediar, Bs. As., Marzo de 2001.



ARRIEGUI, Jorge A.

Bidart Campos, Germán J., “Manual de la Constitución Reformada”, T. I, Pág. 342, 3ª Edición, Editorial Edear, Ciud. de Bs. As., Marzo de 2001.

Bobbio, Norberto, “Teoría general de la política”, 2ª edición, Madrid, España, editorial Trotta, 2005, p. 478.

Burgoa Orihuela, Ignacio, “Derecho constitucional mexicano”, 5ª edición, México, editorial Porrúa, 1984, p. 325.

Candia, F. Requisitos de Procedencia de la Acción de Amparo Individual (pág 271 a 285) Contenido en el libro: “Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo. 2012, págs. 271 a 285.

Cooley, Thomas M., 7ª edición, Boston: Little, Brown and Company, ed. 1903, pág. 228

Cornejo, A. “*Caso Judicial y Control de Constitucionalidad*” Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta-<http://www.escuelamagistratura.gov.ar/opinion-justicia-salta.php?IdOpinion=72>

Ekmekdjian, M. Tratado de Derecho Constitucional. T.III. Ediciones de Palma, Buenos Aires.1995, pág. 329.

Fayt, C. “*Nuevas fronteras del derecho constitucional: la dimensión política institucional de la Corte Suprema de Justicia de la nación*”, La Ley, Bs.As., 1995, pag. 6.

Fioravanti, M. “Constitución. De la antigüedad a nuestros días”, Madrid, España, editorial Trotta, 2007, pp. 17 y 18.

García Christensen, V. “Control constitucional de constitucionalidad de oficio: un nuevo paradigma.<http://www.circulodoxa.org/documentos/Circulo%20Doxa%20-%20Oficio.pdf>. Consultado el 7/72017.

García Malgarejo, F. (2006) “*La Declaración oficiosa de Inconstitucionalidad*”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista, EGACAL, Lima, Perú. p. 90.



ARRIEGUI, Jorge A.

Gallo Tagle, M. L. y Rodríguez del Sel, M. M. (2006). “Control de la constitucionalidad de oficio”. UCES. Revista Jurídica, 10, 170-190.

Gil Dominguez, A “*Control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio*”. La Ley 19/12/2012. Consultado el 5/7/2017.

Gómez Naar, Verónica y Montenegro, Jorge, “*En torno a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad*”. L.L., 2004-E-647

González Calderón, Juan A., “Derecho Constitucional Argentino”, Tomo I, pág. 479, Lajouane Editores, 1930.

Gonzalez, R. “*Declaración de inconstitucionalidad de oficio: ventajas e inconvenientes*”. Revista Ratio Juris Vol. 6 N° 12 (enero-junio 2011) pp. 133-162 © Unaula.

Haro, R.” La doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad “. Artículo rescatado de Pág. web: [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artacciondeclarativadeinconstitucionalidad...](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artacciondeclarativadeinconstitucionalidad...) consultado el 1/6/2017

Highton E. “*Sistema Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad*”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/10.pdf>, consultada el 3/6/2017

Kelsen, Hans, “Teoría general del derecho y del estado”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, pp. 147 y 307.

Kelsen, H, “Teoría pura del derecho”, ed. Porrúa (16va edición), 2000. ISBN: 9789700774978



ARRIEGUI, Jorge A.

Maraniello, P. “*La Declaración de Inconstitucionalidad de oficio en los sistemas difusos*”. Conferencia dada en la Universidad Complutense de Madrid, como profesor invitado de dicha entidad académica, 22 de febrero de 2010. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3764309>

Palacio, L. Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, Bs.As., 2011, Tomo II, pág. 190 y ss., segunda edición actualizada por Carlos Enrique Camps, 2da. Edición.

Resumen del caso Fayt. <https://fallosderecho.wordpress.com/2015/10/10/resumen-fallo-fayt/> consultado el 1/7/2017.

Schiavo, S. “*El Control de Constitucionalidad. Análisis Comparativo entre la Argentina e Italia*”, Revista del Equipo Federal del Trabajo N° 53 del 04/10/2009. [www.eft.org.ar](http://www.eft.org.ar)

Superti, H. (1998) “*Derecho Procesal Penal - Temas conflictivos*”, Revista Juris, Rosario, Argentina. pp. 35 a 63.

Tamayo y Salmorán, R. “*Introducción al estudio de la Constitución*”, México, editorial Fontamara, 2006, pág. 23-35.

SAGÜÉS, María Sofía, "Las acciones positivas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial", en "Proceso y Constitución", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, (México, 2004), Ed. Porrúa, N° 2, pág. 225.

Sagués, Néstor P. “*Elementos de Dcho. Constitucional*”, T. I, Pág. 278, 3ª Ed., Ed. Astrea, Bs. As. 1999.

Sagüés N. Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario", 4ª ed. (Buenos Aires 2002), Ed. Astrea, tomo 1, pág. 184 y sigts.

Schmitt, Carl, “*Teoría de la Constitución*”, Madrid, España, editorial Alianza, 2003, pp. 30, 33, 37, 38, 45-47 y 58-62.



ARRIEGUI, Jorge A.

Vitantonio, M. "La cuestión de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las leyes" La Ley, 19/06/2009. Pág. web: <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2502>, consultado el 07/07/2017.

### **Jurisprudencia**

CSJN. "Don Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación", Fallos 3:131, sentencia del 5 de diciembre de 1865

CSJN Fallos 330:3248 (2007); LA LEY 18/07/2007; AR/JUR/2751/2007.

CSJN, "Banco Comercial Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra" 19 de agosto de 2004. <https://fallosderecho.wordpress.com/2015/08/26/fallo-banco>. Consultado el 2/5/2017.

CSJN. "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal SA c/ Provincia de Salta", del 8 de noviembre de 1967

CSJN "Rodríguez, Jorge", 1997. LL1997-F-884

CSJN, "Rodríguez Larreta de Zuberbuhler", LL, 72-724)

CSJN. "Cerámica San Lorenzo", Fallos, 307-1094 (04/07/1985). LL, 1986-A-1978)

CSJN, "Jáuregui" Fallos, 315:2386 (LA LEY, 1993-A, 375).

CSJN, "Losa", Fallos 316:221, con cita de "Cerámica San Lorenzo", Fallos 307:194, considerando 2; ver también CSJN, "Caporale", Fallos 318:2103 (LA LEY, 1996-D, 534). La tesis de la Corte tiene continuidad: por ejemplo, más recientemente, "Tejerina": CSJN, Fallos, 329:4931 (LA LEY, 2006-F, 621).



ARRIEGUI, Jorge A.

CNAC Sala I, “*Dia Argentina SA c/ Municipalidad de Ezeiza s/ acción de inconstitucionalidad*”, expediente N° 16.127/09, proveniente del Juzgado Federal de primera instancia N° 3 de Lomas de Zamora. //Plata, 23 de septiembre de 2009. R.S. I T F.

CSJN “*Municipalidad de la Capital c/ Elortondo*”. Sostuvo que “...es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de examinar las leyes en los casos concretos que se traten a su decisión.

CSJN, “*Cabezas, García y Cía. y Otros c/Provincia de Tucumán s/ Inconstitucionalidad*”, 1934.Fallos: 170-158 (1934).

CSJN, “*Caffarena c/ Banco Argentino de Rosario*”, 1871. Fallos: 10: 427 (1871).

CSJN, “*Vicente Casares e Hijos c/ Sivori y Schiaffino*”, 1872.Fallos: 11: 257 (17/12/1872).

CSJN “*Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. del Elortondo*”, del 14 de abril de 1888.

CSJN, “*Ganadera Los Lagos c/Gobierno Nacional*” Fallos: 190-149; 190-155 (1941).

CSJN. “*Partido Provincial Unión Santiagueña*”, 19/97/1937 Fallos: 238-288 (19/07/1957).

CSJN. “*Bianchi Alejandro y Cía c/Gobierno Nacional*” La Ley: 103-235 (14/11/1960).

CSJN “*Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar N° 30 de Rosario*”, en Sumario N°60/84, 1984. Fallos: 306:303 (24/04/1984).

CSJN. “*Peyrú, Osvaldo J. s/ apelación*” Fallos 310-1401 (02/07/1987).



ARRIEGUI, Jorge A.

CSJM. *Acordada n° 41/1998*. Bianchi, “¿Puede la Corte ejercer control de constitucionalidad por vía de *Acordada*?; LL, 2001-B, pág. 112.

CSJN “*Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa*“. 27 de Septiembre de 2001. (LA LEY 2001-F, 891), <https://docs.google.com/document/d/1bqC4tJnZulxly7HpgLQxz3PjTFwfCyFYA-U3F0Ygscw/edit>.

CSJN. “*Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s. quiebra*” Fallos: 306:303 del 19 de agosto de 2004.

CSJN. “*Gómez, Carlos Alberto c. Argencard S.A. y otro s/ ordinario*”, 27 de diciembre de 2006. Fallos: 329:5903.

CSJN “*Strangio, Domingo c. Cattorini Hnos. S.A. - C.I.F*” - 12/05/2009. LA LEY 19/06/2009, 7, con nota de Marina Vitantonio.

CSJN. “*Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y Perjuicios*” 401 XLIII- 27 de noviembre de 2012.

CSJN “*Mansilla Carlos Eugenio c/ Fortbenton Ca. Laboratorios S.A. y otros s/ despido*” 6-mar-2014 Cita: MJ-JU-M-84698-AR | MJJ84698 | MJJ84698. Ed. Microjuris.com Argentina.

Corte US. “*Madison c/ Marbury*” 1803.

Corte IDH: *Caso “Boyce y otros Vs. Barbados*”, párrafo 78, sent. del 20/11/2007; “*Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*”, párrafo 124, 26/09/2006 y “*Caso La Cantuta Vs. Perú*”, párrafo 173, sent. 29/11/2006.



**ARRIEGUI, Jorge A.**

SCJ de Santa Fe.” Dematteis, Juan Carlos C/ SADESA S.A. y otro –Accidente de Trabajo–”  
(Expte. 167/13) S/ Recurso de Inconstitucionalidad.