

EL CONTROL JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDAD DE
OFICIO EN MATERIA DE
DERECHO DISPONIBLES DE
CONTENIDO PATRIMONIAL

Especialización en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de La Plata
Trabajo Final Integrador
Director: Miguel Oscar Berri
Alumno: Patricio José Santamarina

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

I.- PALABRAS INICIALES

El presente trabajo, tiene como objetivo abordar la cuestión vinculada al control de constitucionalidad de oficio en materia de derechos patrimoniales y disponibles. Este tema, tiene una especial novedad en el derecho constitucional, y en rigor de verdad todavía no halló su quicio a través de estándares claros y definidos en la jurisprudencia. De allí la trascendencia de su estudio¹.

Por otra parte, el asunto lejos de tener una evolución clara, sistemática y sostenida, ha sufrido vaivenes, idas y vueltas, y en muchos casos los precedentes jurisprudenciales de la Corte Federal parecían disparar criterios contrarios. Lo propio aconteció en el ámbito de la doctrina, donde desde 1983 (solo por dar una fecha de inicio) en adelante se han producido profundos debates².

Si bien desde sus inicios la Corte Suprema no marcó con claridad una línea determinada respecto del control de constitucionalidad de oficio, a partir del caso “Ganadera Los Lagos”³ con particular contundencia determinó que la censura constitucional de una norma sólo es posible en la medida en que exista un concreto planteo de parte interesada.

Este principio se mantuvo inalterable como un dogma de fe durante más de 60 años. Recién con el advenimiento de la democracia, y el recambio del tribunal empezaron a escucharse voces en contrario; y no fue hasta el año 2001 donde se revirtió a través del caso “Mill de Pereyra”⁴. Este hito determinó el inicio del control de constitucionalidad de oficio.

A partir de este momento, los magistrados no precisaban el expreso pedido de parte para tachar de inconstitucionalidad una norma. No obstante ello, el ejercicio de esta potestad trajo algunas complicaciones. En particular cuando la declaración de inconstitucionalidad de un dispositivo legal implicaba alterar las pretensiones de las partes, lo que cobra particular relevancia en los procesos vinculados a derechos disponibles.

¹ Al respecto Gelli, ha sostenido que constituye un lugar común en el mundo jurídico la afirmación de que el control de constitucionalidad es uno de los más controversiales y complejos de aplicar. GELLI, María A., “*La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Los problemas y la doctrina anterior a «Rodríguez Pereyra»*”, La Ley, 12-12-2012, en la Ley 2013-A-25 y Suplemento Doctrina Judicial Procesal 2013, pg. 44.

² Ver al respecto LAPLACETTE, Carlos, *Facetas inconstitucionales del control de constitucionalidad de oficio*, en El Derecho, Suplemento Constitucional, 2009, ps. 409. Antes de esto, era poco el interés que el asunto despertaba en el ámbito de la doctrina. A tal efecto se aconseja la lectura de PADILLA, Alberto, “*El orden público y la declaración de oficio de la inconstitucionalidad*”, La Ley, 1984-C-320.

³ Fallos 190:142.

⁴ Fallos 324:3219.

Así, y más allá de la natural incidencia que tiene el ejercicio de esta potestad de manera oficiosa respecto del derecho de defensa⁵, existe además una clara tensión en la fase vinculada a la congruencia procesal que es una directriz de fuste en los procesos vinculados al derecho de propiedad.

Es sabido entonces que los jueces pueden declarar inconstitucional una ley, lo que no está tan claro es si a través de ello pueden modificar lo que la parte beneficiada con esta declaración pretendió al iniciar el proceso. Dicho en un sentido contrario, cabría preguntarse si los magistrados deben convalidar la aplicación de una ley manifiestamente inconstitucional, para no afectar derechos que las partes han decidido no someter a la jurisdicción.

Ello además, ha sido atravesado por el denominado control de convencionalidad, en los términos en que la Corte Interamericana lo ha ido perfilando, y la Corte Federal lo ha receptado.

A lo largo del presente trabajo se abordará inicialmente las cuestiones sustanciales del control de constitucionalidad, su anclaje constitucional y sus lineamientos generales, luego de ello el derrotero jurisprudencial de la Corte Nacional vinculado a la cuestión, y finalmente se intentará dar respuesta a los interrogantes planteados, y básicamente cuál es el mejor mecanismo, o la mejor forma -si la hay- de armonizar la tensión entre esta potestad y la congruencia procesal.

Cabe concluir este introito, señalando que la Corte ha tenido sus vaivenes, lo que es relativamente esperable ante los cambios de composición, y no ha fijado de un modo expreso un principio general, sino que ello debe ser extraído de una minuciosa interpretación de sus fallos, tanto de aquellos casos en los que ha ejercido esta atribución, como de aquellos donde la ha resignado.

II.- CONCEPTUALIZACIÓN DEL TEMA

1. El control de Constitucionalidad.

⁵ En rigor de verdad, en un proceso donde se debaten derechos disponibles cualquier actividad de oficio realizada por el juez, puede de algún modo afectar la garantía de defensa. Por ejemplo que a través de una medida para mejor proveer con el fin aclarar alguna cuestión, se incorpore una prueba no requerida al trabar la litis, y que a la postre sea concluyente para la solución del caso.

La irrupción del constitucionalismo como proceso en virtud del cual los estados⁶, en particular de occidente, adoptaron como forma de organización una constitución escrita, generó como resultado el advenimiento de denominado estado constitucional entendido éste como un sistema de organización de la autoridad de un estado donde la ley está por encima de la voluntad de los individuos⁷. En particular por encima de la voluntad del monarca (en relación con el régimen anterior), y de los gobernantes de turno, quienes dentro del sistema tendrán competencias específicamente definidas en su labor de gestionar un poder que no les pertenece, pues su titularidad de dicho poder radica en el pueblo⁸.

Esta premisa inicial, que hoy nos resulta muy básica e indiscutible, tuvo una génesis muy conflictiva que costó mucha sangre derramada y siglos de lucha⁹.

Consolidada esta etapa, el poder ya no era inherente a la persona del rey, sino que se encarnaba en la ley, que resultaba obligatoria para los gobernados, pero principalmente para los gobernantes, quienes, en este nuevo esquema, se encontraban encorsetados y limitados en su accionar a no infringirla. Cabe señalar que se parte del presupuesto que “la ley” como precepto o mandato general obligatorio, refleja en cierta medida lo que es la opinión de la mayoría o al menos goza de un alto grado de legitimidad pues es producto de un órgano legislativo resultante de la elección popular.

Esta incipiente forma de organizar el poder requirió de una herramienta de resguardo vertebrada sobre dos componentes: el primero un sistema de gradación jerárquica de las normas que regule el contenido y producción del ordenamiento jurídico, que denominamos principio de supremacía constitucional¹⁰; y, de la mano de

⁶ Según Maurizio Fioravanti, el constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas. FIORAVANTI, Maurizio, *“El constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales”*, Ed. Trotta, Madrid, 2014, ps. 17. Cabe aclarar que la definición de constitucionalismo ha variado enormemente, y hoy en día es entendida como una concepción más cercana al ius naturalismo y cargada con valores y justicia. Ver al respecto FERRAJOLI, Luigi, *“Un debate sobre constitucionalismo”*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, ps. 12.

⁷ Una clara explicación al respecto da Sagües señalando que *“Se llama «movimiento constitucionalista» o «constitucionalismo» a un proceso político-jurídico que tiene por meta establecer en cada Estado un documento normativo -la «constitución» - con determinadas características formales (texto preferentemente escrito, orgánico, con supremacía sobre las demás reglas de derecho), y de contenido (organiza la estructura fundamental del Estado, define sus fines y enuncia los derechos de los habitantes)”*. SAGÜES, Néstor Pedro, *“Derecho Constitucional”*, Astrea, 2017, T I, ps. 1.

⁸ Según Mayon, el postulado más importante del constitucionalismo fue la limitación del poder, pues los demás postulados giraban en torno a este. MAYON, Carlos Alberto, *“Bases constitucionales del derecho Civil”*, Lex 2001, ps. 53.

⁹ Como ejemplo ilustrativo de ello cabe puntualizar que la voluminosa obra de Linares Quintana, que quizás sea la más extensa de nuestro país y aunque no lo fuera es sin duda de singular trascendencia en materia constitucional, comienza con la siguiente frase: *“La historia del hombre es la historia de su lucha por la libertad”*. LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho Constitucional*, Plus Ultra, T I, ps. 17 1987

¹⁰ Al respecto, Linares Quintana ha dicho que *“El principio de supremacía de la Constitución constituye la más eficiente garantía de la libertad y la dignidad del individuo, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en reglas que prescribe la ley fundamental. Si los actos emanados de dichos poderes tuvieran la misma jerarquía jurídica que las normas de la libertad y la dignidad humanas que ella consagra -podría ser en cualquier momento dejada sin efecto por los órganos institucionales a los cuales aquella pretende limitar su actuación”*, LINARES QUINTANA, ob. cit., TIII, ps 309.

ello, un mecanismo de supervisión que permita verificar la compatibilidad entre los dispositivos normativos creados por los órganos competentes respecto de la Constitución; esto es lo que se denomina control de constitucionalidad.

Este control de constitucionalidad, siguiendo a Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, es un sistema de fiscalización dirigido a asegurar que las normas superiores prevalezcan en su aplicación sobre las normas o actos inferiores del ordenamiento jurídico. Si no hay control, la supremacía es un simple enunciado y la Constitución dejaría de ser rígida, pues podría ser modificada por los poderes ordinarios del Estado al dictar normas o actos que se opusieran a lo prescripto por el vértice superior del ordenamiento jurídico. De esta forma, el control hace a la noción misma de constitución rígida y suprema¹¹. Esto es un principio inveterado en la materia¹².

Lo expresado encuentra su lógica en el cambio de fundamento de autoridad: al poner la norma por encima de todo (en particular de la voluntad del gobernante, y así erradicar la arbitrariedad), y considerando que el ordenamiento jurídico está compuesto por una infinidad de dispositivos creados a su vez por diferentes órganos, el control de constitucionalidad es instrumento que mantiene la homogeneidad del sistema bajo el estándar preexistente de una norma superior.

De un modo gráfico, y en consonancia con lo que se viene explicando, Manili señala que “El principio de supremacía constitucional y el concepto de bloque de constitucionalidad, serían inútiles si no hubiera medios para hacerlos valer, es decir: herramientas que permitan lograr la no-aplicación de normas de inferior jerarquía cuando lesionan a una de superior jerarquía. La garantía de que las normas superiores primen sobre las inferiores y el modo en que se ejerce esa función se estudia bajo el nombre de «control de constitucionalidad»”.¹³

Entonces, la supremacía de la constitución y control de constitucionalidad, blindan la eficiencia del estado de derecho y la vigencia de la Constitución. Consolidada esta piedra fundacional, corresponde determinar qué órgano será el encargado de llevar adelante ese control de constitucionalidad.

¹¹ QUIROGA LAVIE, Humberto, BENEDETTI, Miguel, CENICACELAYA, María de las Nieves, “*Derecho Constitucional Argentino*”, Rubinzal Culzoni, T I, Ed. 2009, ps. 589.

¹² Joaquín V. González, sostenía que “*El poder de la Corte Suprema para declarar sin violar las leyes contrarias a la Constitución, es la última y más segura garantía de los particulares contra la omnipotencia legislativa, que fácilmente puede degenerar en despotismo*”. GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada Editores. Primera Edición 1987, Vigésimo quinta edición, año 1959, ps. 316. El maestro riojano lo explicitaba en el ámbito competencial de la Corte, pero tal principio es de entera aplicación a todo el ordenamiento jurídico.

¹³ MANILI, Pablo Luis, “*Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*”, La Ley, 2021, ps. 421.

2. La titularidad del control de constitucionalidad.

2.1. La titularidad del control en los albores del constitucionalismo.

Uno de los principales problemas con que se encontró el incipiente constitucionalismo del siglo XVIII fue determinar quién debería ejercer esta potestad. La discusión persiste hasta hoy¹⁴.

Destaca Linares Quintana que en la Convención de Filadelfia, el convencional Randolph presentó un plan para establecer un Consejo de revisión, integrado por el Poder Ejecutivo y un cierto número de magistrados judiciales con autoridad para examinar todos los actos del Poder Legislativo; esta propuesta no prosperó¹⁵.

La Constitución de USA no establecía una cláusula específica, no obstante Hamilton en “El Federalista”, dejaba entrever que debería ser el Poder Judicial el titular de esta atribución¹⁶. Esta idea de Hamilton se corresponde con la postura de democracia semidirecta de Madison, en particular para mantener en su coto las eventuales verborragias de las legislaturas locales¹⁷. Según Burt, la oposición de los padres fundadores a las democracias mayoritarias era sostenida con el fundamento de que todo conflicto social tenía origen en una disputa polarizada, con un ganador que mejoraría su posición y que probablemente oprimió al perdedor¹⁸.

Este sesgo contramayoritario en el campo político, tuvo su reflejo en la jurisdicción constitucional y, sin una cláusula constitucional explícita¹⁹, fue receptado en el caso “Marbury vs. Madison”, donde con un voto brillante del juez John Marshall el control de constitucionalidad queda en manos del Poder Judicial²⁰.

¹⁴ Al respecto Amaya sostiene que: “Conocer las bases de la ideología liberal que acompañó el desarrollo del constitucionalismo, lo cual sitúa a la libertad como valor primario, edificando el principio de autonomía de la voluntad y la culpa como presupuesto jurídico del ilícito civil, como puntales jurídico-ideológicos de dicha teoría liberal, nos permite dimensionar su peso en las tensiones que se presentan cotidianamente en el ejercicio del control de constitucionalidad”. AMAYA, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, Astrea, 2° edición 2015, ps.29. Bajo esta idea cuidadosamente expuesta por el Dr. Amaya podemos adelantar que las tensiones en torno a la titularidad del control de constitucionalidad se presentan en determinar qué poder del Estado debe regular esta libertad.

¹⁵ LINARES QUINTANA, Segundo V., *ob. cit.* ps. 343.

¹⁶ HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John, “*El federalista*”, Ed. La Pampa, 1887, Trad. Ildefonso Isla, cap. LXVIII, ps. 531.

¹⁷ En “*El federalista*” Cap. X, (ob. cit. ps. 57) MADISON explica que “*La inestabilidad, injusticia y confusión introducidas en los consejos públicos, ha sido, en efecto, los gérmenes mortales a cuyo impulso han perecido en todas partes los gobiernos populares, lo mismo que continúan siendo los tópicos favoritos y fecundos de donde los adversarios de la libertad sacan sus declamaciones más especiosas. Las valiosas mejoras realizadas por las constituciones americanas sobre los modelos populares, tanto antiguas como modernas, no pueden a la verdad, admirarse demasiado; pero sería una parcialidad injustificable, sostener que ellas han evitado el peligro de aquel vicio tan eficazmente como sería de desearse y esperarse*”.

¹⁸ BURT, Robert, “*Constitución y conflicto*”, Eudeba, 2000, ps. 69.

¹⁹ Al respecto recomendamos la explicación de David Currie en CURRIE, David, “*Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*”, Ed. Zavallia, 1993 (primera Edición en University of Chicago, 1946), ps. 33.

²⁰ Aun cuando no es materia analizable en el presente trabajo, corresponde señalar que según García Mansilla, “Marbury vs. Madison” no es el primer caso donde, como lo señala la mayoría de la doctrina, se realizó el control de constitucionalidad. Ver al respecto GARCÍA MANSILLA, Manuel, “*El origen del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos y el caso “Marbury vs. Madison”*”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas* 2020 ps. 8. En una postura relativamente intermedia Mendonca y Guibourg sostienen que aun cuando fuera “Marbury vs. Madison” el caso que pasó a la

Esta decisión muy probablemente fue posible gracias a que el tema no fue materia de profundo debate en la Convención Constituyente y, aunque si bien la cuestión se tocó de soslayo, no generó acaloradas discusiones²¹. Así, la circunstancia que este debate haya sido suburbial, revaloriza la brillantez del juez Marshall, quien en pos de la supremacía de la Constitución, implícitamente atribuyó esa facultad para el Poder Judicial.

Según Amaya, para Marshall hubo sólo dos alternativas perfectamente claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios, o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza²².

Pues bien, yendo específicamente al caso “Marbury”, cabe recordar que cuando John Adams pierde las elecciones a manos de Thomas Jefferson, se apresura a nombrar, entre sus partidarios, la mayor cantidad de jueces nacionales en el distrito capital. Dado que la aprobación del Senado para ello, la obtuvo recién el último día de su mandato, ordenó con urgencia que las notificaciones fueran realizadas de manera inmediata²³. Al asumir al día siguiente la presidencia, Jefferson le ordena a su secretario de Estado, James Madison que detenga tales notificaciones. Así es como nunca son notificados algunos de los designados (entre ellos, claro está John Marbury), dando lugar a la petición de *writ of mandamus* ante la US Court.

Con celoso rigor científico, Bianchi²⁴ expresa que Marshall dividió su pronunciamiento formulándose, inicialmente, tres preguntas: 1) ¿tienen los actores derecho al nombramiento? 2) si lo tienen y si ese derecho ha sido violado ¿proveen las

posteridad como el primer asunto que reivindica la potestad judicial de control, en rigor de verdad previamente se había efectuado esa tarea por parte de la Suprema Corte de New Jersey en 1778, en el caso “Holmes v. Walton”. MENDONCA, Daniel, y GUIBOURG, Ricardo, “La odisea Constitucional, Constitución, teoría y método”, Marcial Pons, Madrid, 2004, ps. 147.

²¹ Al respecto Vanossi, explica respecto de la titularidad del control de constitucionalidad que: “En la primera constitución en que pudo plantearse el problema éste no fue resuelto, los constituyentes de Filadelfia no se pusieron de acuerdo acerca del sistema de control y optaron por lo que hemos llamado en alguna oportunidad, una “laguna deliberada”, es decir, dejaron sin resolver el problema para que un futuro constituyente le diera solución. Este futuro constituyente no fue un constituyente formal, sino que fue la propia Suprema Corte de los Estados Unidos.”. VANOSSI, Jorge Reinaldo, “Teoría Constitucional”, Abeledo Perrot, 2013, T. III, ps. 2009.

²² AMAYA, Jorge Alejandro, “El debate sobre la última palabra. Reflexiones sobre los controles de constitucionalidad y convencionalidad”, Revista Lex N° 21, Año XVI - 2018.

²³ Se realizaron durante la noche, por lo que el hecho es conocido como la Historia de los Jueces de Medianoche.

²⁴ BIANCHI, Alberto B., *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, T. I. Ed. Catedra Jurídica, 2008, ps. 165.

leyes del país un remedio a esa violación? 3) si lo proveen, ¿dicho remedio debe ser una orden (mandamiento) emanada de la Corte? Las dos primeras preguntas fueron respondidas afirmativamente. La Corte entendió que efectivamente los actores tenían un derecho al nombramiento y que el canal para hacer efectivo tal derecho era efectivamente el *writ of mandamus*. No obstante, y a pesar de haber residenciado favorablemente las dos pretensiones iniciales, respecto al tercer cuestionamiento, que es el que resulta dirimente para la decisión del caso, la US Court, entendió que la Judiciary Act, al permitir al Tribunal expedir mandamiento le habría asignado una competencia más amplia que la prevista en el texto de la Constitución. Es decir, la ley otorgaba a la Corte mayores atribuciones que las dispuestas por el poder constituyente.

Bajo este prisma de análisis, Marshall concluye que si el Congreso pudiera fijar discrecionalmente la competencia de la Corte y asignas competencia apelada donde la Constitución señala originaria y viceversa, no tendría sentido la división trazada por la Constitución entre una jurisdicción y otra, y no puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto; merced a lo cual la ley en cuestión debe ser tachada de inconstitucional.

Una primera lectura del fallo podría llevarnos a pensar que el Gobierno de Jefferson salió vencedor en esa disputa por no verse obligado a nombrar a los jueces John Madison, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper, pero contrariamente a ello, la sentencia despertó la furia del por entonces Presidente, quien se vio despojado de la potestad del control de constitucionalidad de las normas inferiores. Incluso, y esto es un dato a título ilustrativo que evidencia la ira de Jefferson, en una carta del año 1819 (trece años después del caso y diez de su presidencia) enviada al juez Spencer Roane decía que la Constitución así interpretada era como un objeto de cera que los jueces pueden torcer y darle la forma que deseen²⁵. En este sentido, Nino señala que lo realmente notable de este fallo desde el punto de vista político es cómo la Corte renunció a ejercer un posible poder en un caso concreto -en esta situación en la que el mismo Marshall estaba involucrado puesto que él había emitido las comisiones como secretario de estado de Adams-, dado que de lo contrario hubiera generado un conflicto de poderes del que seguramente habría salido debilitada, pero a través de un argumento que implicaba autoasignarse un poder mucho más general, permanente y profundo²⁶.

²⁵ BIANCHI, Alberto B., "*Historia...*" cit, ps. 170. Ello se condice con la famosa frase de Charles Evan Huges, en cuanto sostuvo que la Constitución es lo que los jueces dicen que es. En igual sentido Woodrow Wilson señaló que la Corte es un poder constituyente en sesión permanente. Ver ZIULU, Adolfo Gabino, *Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, 2014, ps. 791.

²⁶ NINO, Calos Santiago, *Fundamentos de derecho Constitucional*, Astrea, 4º reimpresión, 2013, ps. 657.

Pues bien, esta posición denominada contramayoritaria²⁷ fue particularmente criticada por la doctrina actual²⁸. Al respecto Waldron ha sostenido que no hay razón suponer que los derechos están mejor protegidos por el *judicial review* que por las legislaturas democráticas²⁹; en su crítica al sistema de control judicial, este catedrático señala que distraídos por los temas de legitimidad, los tribunales se enfocan en lo que otros tribunales han hecho o en el lenguaje de la carta de derechos, mientras que los legisladores –no obstante sus vicios- al menos tienen a ir directamente al meollo del asunto³⁰.

Otros autores norteamericanos también han sido detractores del sistema de control contramayoritario, y quizás el más radical de ellos sea Larry Kramer, quien desestima por completo que esta facultad pertenezca a un órgano elitista y no al pueblo³¹. Esencialmente la crítica radica en el hecho de que las decisiones de los tribunales no serían democráticas en la medida que tales decisiones no son fruto de la discusión popular³². Entre la doctrina vernácula se puede encontrar con un sesgo más tenue a Gargarella abonando esta posición³³.

Esta postura crítica, se asemeja más a la concepción europea continental del Poder Judicial, especialmente la francesa, donde las ideas de pensadores como Benjamín Constant (con clara influencia de Montesquieu) entendía que no corresponde a los jueces -que son ajenos a la expresión inmediata de la voluntad popular- anular o impedir la aplicación de las leyes³⁴, que expresan la voluntad general y son sancionadas por los representantes de la soberanía popular³⁵.

Más allá del contrapunto que genere esta situación, lo cierto es que la doctrina clásica estadounidense -nos referimos a los primeros comentaristas de la Constitución

²⁷ Mendonca y Guibourg, enseñan que esta posición fue bautizada por Alexander Bickel como “dificultad contramayoritaria”. Mendonca Daniel, GUIBOURG, Ricardo, “*La Odisea...*” cit. ps. 149.

²⁸ Luiz Guilherme Marioni firma que la crítica al control de constitucionalidad, en esta dimensión, encuentra apoyo en ciertas concepciones interpretativas como el “original public meaning, que hizo famoso el juez Scalia en la Corte Suprema de Estados Unidos. El original public meaning es un originalismo o textualismo de la constitución. MARIONI, Luiz Guilherme, “*Control de Constitucionalidad y diálogo institucional*”, Perú, Palestra 2023, ps. 14.

²⁹ Ver AMAYA, ob. cit. ps. 215.

³⁰ WALDRON, Jeremy, “*Contra el gobierno de los jueces*”, Ed. Siglo veintiuno, Buenos Aires, 2018, ps. 97.

³¹ AMAYA, ob. cit. ps. 219.

³² Ferrajoli ha explicitado que la democracia esencialmente consistiría en un método de formación de decisiones públicas, donde la fuente de legitimación es la libertad positiva de gobernarse por sí mismo. FERRAJOLI, Luigi, “*La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, 2º edición, 2009, ps 73. Autores como Bickel, Waldron y Kramer, entienden que las decisiones de los tribunales superiores, se apartan del concepto expuesto por Ferrajoli.

³³ GARGARELLA, Roberto, “*Nos los representantes*”, Ciopp, Buenos Aires, 2010, ps. 99. En otra obra del mismo autor, se fustiga aun más el sesgo contramayoritario, cuestionando que resultaría inaceptable que quede en manos de un reducido un grupo de personas la constitucionalidad de una norma. GARGARELLA, Roberto, “*Crítica de la Constitución*”, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004, ps. 68.

³⁴ Al respecto Gelli destaca, aunque sin criticar el control judicial, que resulta al menos polémico este sistema dado que los miembros de una institución no elegidos directamente por el cuerpo electoral pueden impedir la aplicación de una norma jurídica en un caso concreto. GELLI, María Angélica, GOZAINI, Osvaldo, y SAGÜES, Néstor P., “*Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad*”, La Ley, 2001-B-779.

³⁵ Ver VANOSI, Jorge Reinaldo, “*Teoría Constitucional*”, Ed. Abeledo Perrot, Año 2013, T I, ps. 702.

del país del norte- aceptó esto sin objeciones, así Joel Tiffany por caso, sostenía hace más de ciento cincuenta años que la misión del Poder Judicial es verificar y aplicar la ley³⁶. Claro está que esta tarea de “verificación” a la que se refiere el autor, es la *verificación* de su constitucionalidad.

Antes aún de ello, en 1833, Story señalaba que “*el poder de interpretar las leyes, comprende necesariamente el de decidir si son o no conformes a la Constitución y en este último caso declararlas nulas*”³⁷. En el mismo sentido John Fiske, en 1890 sostenía que “*Si se decide por la suprema corte que una ley de algún Estado o de los Estados Unidos es violatoria de la constitución, desde ese mismo instante es nula y no tiene efecto alguno*”.³⁸

Por su parte, Thomas Cooley, quien fuera uno de los comentaristas de la Constitución de Estados Unidos más citados por nuestra Corte Federal, en particular en la primera mitad del siglo XX, al explicar la división de poderes decía que era una atribución del Poder Judicial sostener la validez de las leyes en las controversias.³⁹

Tales citas sugieren que al menos en una etapa inicial la doctrina norteamericana, no ha mostrado inconvenientes en aceptar favorablemente el control judicial de constitucionalidad.

Como un dato más de la cohesión del sistema norteamericano, cabe señalar que Toqueville, estudioso foráneo de la democracia de Estados Unidos, decía que a los jueces se les ha permitido no aplicar las leyes que les parezcan anticonstitucionales⁴⁰.

2.2. La cuestión en nuestro sistema constitucional.

La doctrina nacional en estas latitudes, mostraba un criterio antagónico al estándar europeo. Respecto del supuesto “gobierno de los jueces”, el ilustre jurista platense Sánchez Viamonte decía que: “*No ignoramos, por supuesto, que la facultad judicial de declarar inconstitucionalidades puede llegar a convertirse en una especie de revisión judicial de actos políticos o actos administrativos; pero observamos la impropiedad de tal calificación porque las decisiones judiciales se reducen o deben*

³⁶ TIFFANY, Joel, *Derecho Constitucional según la teoría americana*, Imprenta La Unión, año 1874, ps. 401.

³⁷ STORY, Joseph, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, Ed. Nicolas Calvo, Buenos Aires 1881, ps. 307. Si bien la edición citada es del año 1881, la primera edición en USA, corresponde a 1833.

³⁸ FISKE, John, *El gobierno civil de los Estados Unidos*, Imprenta, Litografía y Encuadernación de J. Peuser, 1900, ps. 293.

³⁹ COOLEY, Thomas, “*Principios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América*”, Ed. Jacobo Peuser, año 1989, traducción de Julio Carrié. ps. 40.

⁴⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de, “*La democracia en América*”, Fondo de Cultura Económica, 1º Ed. 1835, decimoquinta impresión 2011, México, ps. 107.

*reducirse a la aplicación del Derecho que, cuando proviene de la Constitución misma, condiciona la existencia de todo el poder emanado de los poderes constituidos”.*⁴¹

Desde el texto de la Constitución Nacional es posible distinguir dos etapas: la primera desde la Constitución de 1853-60 hasta la reforma de 1994, y un segundo tramo desde allí en adelante.

En la primera de ellas no había una directiva clara. Nuestros constituyentes tomaron la disposición del artículo VI, de la Sección III de la Constitución de Estados Unidos y lo plasmaron de manera idéntica en el artículo 31 de la Carta Magna nacional, sin hacer distinción alguna a si se trataba de una norma regulatoria del sistema federal dirigida a las provincias, o si estaba dirigida a la supremacía⁴².

El tema no fue abordado por la Convención, sólo se hizo un somero intercambio de ideas entre los convencionales Ferre y Zavalía, pero más de naturaleza semántica que otra cosa⁴³.

Sin perjuicio de ello hay dos datos que permiten suponer que el constituyente argentino tuvo en miras otorgar esta atribución al Poder Judicial. El primero de ellos, en un plano estrictamente dogmático constitucional radica en el hecho que 50 años antes a la sanción de nuestra Constitución, la U.S. Court, ya había interpretado el mencionado artículo en el caso “Marbury vs. Madison”. Esto permite suponer que el Constituyente nacional pudo válidamente haber pensado que se trataba de una norma vinculada a la supremacía, pues en las convenciones constituyentes nacionales era conocida la doctrina “Marbury”⁴⁴. Así, a guisa de ejemplo, cabe señalar que Sarmiento mirando la Constitución Federal bajo el prisma de su par estadounidense decía que *“la práctica norteamericana regla y las decisiones de sus tribunales federales son antecedentes y norma de los nuestros”*⁴⁵. Esto demuestra que no sólo se tomó las reglas de la constitución norteamericana, sino además y por acesión, su interpretación por parte de

⁴¹ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *“El constitucionalismo y sus problemas”*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, ps. 189.

⁴² No se puede dejar de observar que resulta al menos llamativo que una constitución deba contener una norma que disponga su supremacía en el sistema normativo que ella misma crea.

⁴³ Ver RAVIGNANI, Emilio, *“Asambleas constituyentes argentinas”*, Ed. Instituto de Investigaciones Históricas, Año 1937. T IV, ps. 516. En particular, en la sesión del 25 de Abril de 1853, el convencional Ferré, solicitó que a la palabra “tratados” se le agregara “legales”, a lo que el convencional Zavalía contestó que *“los tratados que no eran legales, no eran tratados ni merecían este nombre”*. Con ello se dio por finalizado el asunto y se aprobó el artículo en cuestión.

⁴⁴ Manili señala que el perfil del control de constitucionalidad en la Argentina se fue gestando sobre tres bases: i. la inspiración de la jurisprudencia norteamericana, ii las leyes de organización de la justicia federal y iii la jurisprudencia de la Corte Suprema. MANILI, Pablo Luis, *“El control de constitucionalidad de oficio”*, la ley 2022-B-605.

⁴⁵ SARMIENTO, Domingo Faustino, *“Comentarios de la Constitución”*, Ed. América Unida, 1929, ps. 55. Ampliaba esta idea Sarmiento, en el preámbulo de la citada obra señalando que: *“Ahora bien, si nuestro país se constituye bajo el sistema federal, y si adopta en su carta constitucional hasta la letra de aquella otra Constitución, ya discutida, ya fijada, ya probada, resulta necesariamente que toda la labor de aquella sociedad, que toda su ciencia y experiencia viene, a la par de la Constitución, a servir de apoyo de la nuestra. La Constitución vendría a ser, pues para nuestros males, lo que aquellas tisanas que traen, envolviendo el frasco que las contiene, la instrucción para enseñar la manera de usarlas. Sirva esta simple comparación para mostrar lo que nos hemos propuesto en los Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina que principiamos, y es aplicar al texto de sus cláusulas las doctrinas de los estadistas y jurisconsultos norteamericanos, y las decisiones de sus tribunales”*.

la Corte de aquél país⁴⁶. Al respecto, Alberto Bianchi expresa que “nuestro sistema de control de constitucionalidad ha sido tomado literalmente del modelo norteamericano”⁴⁷

A los efectos de clarificar esta cuestión resulta oportuna la explicación de Rosatti acerca de lo acontecido en la etapa constituyente y el transitar de la figura de Benjamín Gorostiaga. El hoy Ministro del Alto Tribunal Federal, puntualiza que aquel convencional fue muy influyente en el texto y la redacción de los trabajos de la Convención de 1853, y agrega: “*Se ha atribuido también a Gorostiaga, en ocasión de ejercer la función de ministro de la Corte Suprema de justicia, la redacción del siguiente párrafo del fallo recaído in re “De la Torres”: “El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formando un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y la jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares”*”.⁴⁸

El segundo dato de enorme gravitación, es que en la Confederación Argentina, la ley 182 de 1858 preveía que el control de constitucionalidad fuera judicial. En un artículo de Horacio Rodríguez Alcobendas⁴⁹, se explica con claridad el debate parlamentario, en particular en la Cámara de Diputados acerca de la conveniencia de ello. Allí, los diputados González Quesada y García que resistían el proyecto esgrimieron que dejar al arbitrio del juez la facultad de aplicar o no una ley importaría conceder la arbitrariedad como base de la justicia quedando los derechos y obligaciones que reglan las relaciones de hombre a hombre, sujetas a la voluntad arbitraria de los jueces, que cuando el Congreso dicta una ley, ésta lleva la presunción legal de constitucionalidad, pero que desde que se organice un poder con facultad para decir conforme a la Constitución, se desprestigia la ley, se mina el principio de autoridad necesario para la conservación del orden en el país, se altera el rol de la magistratura, elevándose un poder omnipotente y vitalicio que puede sordamente minar los toros

⁴⁶ Al respecto Gargarella sostiene que Sarmiento tenía fascinación por el sistema constitucional norteamericano, y que su obra “comentarios” citada en la nota anterior tuvo como fuente, entre otras, la obra de Story. Gargarella realiza además, un profundo análisis sobre el pensamiento de Sarmiento en este punto y el enfrentamiento con Alberdi. GARGARELLA, Roberto, “*La sala de máquinas de la Constitución*”, Katz, Buenos Aires, 2010, ps. 123.

⁴⁷ BIANCHI, Alberto, “*¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad? Las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por derecho (Oliver W. Holmes)*”. LL 1990-E-1089.

⁴⁸ ROSATTI, Horacio, “*El origen del Estado*”, Rubinzal Culzoni, 2002, ps 78 El fallo citado en el texto, se encuentra en Fallos 19:231.

⁴⁹ RODRÍGUEZ ALCOBENDAS, Horacio, “*El control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Su origen en nuestro país*”, en Jurisprudencia Argentina, sección doctrina, ps. 313.

poderes y convertirse en un poder político absorbente o irresponsable. Esta posición fue sumamente fustigada por la mayoría, y finalmente el proyecto se aprobó. En la Cámara alta, ya había sido aprobado por unanimidad⁵⁰.

Si bien esta norma, no entró en vigor, pues no se llegaron a cubrir los cargos de la Corte Federal y luego se produjo la Batalla de Pavón, deja entrever que el concepto de control judicial de constitucionalidad ya estaba fuertemente instalado en la Argentina.

La segunda etapa, desde la reforma de 1994, está desprovista de toda controversia, pues la incorporación del artículo 43 destierra cualquier duda. Allí, específicamente en la segunda oración del primer párrafo, se le reconoce al “juez” la potestad de declarar la “inconstitucionalidad de la norma”⁵¹.

3. El origen del control de constitucionalidad en la Argentina.

Según prestigiosa doctrina⁵², el punto de partida en nuestra frondosa historia jurisprudencial es el archiconocido precedente “Sojo”⁵³, que tiene una notoria similitud con el caso “Marbury vs. Madison”. Ambos registran soluciones similares, aunque en el precedente argentino no se declara inconstitucional ninguna norma⁵⁴.

El contexto fáctico fue el siguiente: el por entonces redactor del diario “Don Quijote” que en la época era un medio de considerable circulación, Sr. Eduardo Sojo, fue detenido por una orden de la Cámara de Diputados de la Nación, a raíz de unas

⁵⁰ En un recomendable trabajo, Pérez Guilohu hace una transcripción de los debates parlamentarios de la ley 182. PÉREZ GHILHOU, Dardo, “Primer debate sobre el control jurisdiccional de Constitucionalidad”, En Revista de Historia del Derecho, Buenos Aires, T 10, 147.

⁵¹ Si bien la referencia es en el proceso de Amparo, es claro que el reconocimiento de esa facultad opera *ipso iure* en cualquier ámbito.

⁵² Al respecto y para graficar la posición mayoritaria, se toma la postura de Juan Vicente Sola entre muchos otros, quien dice que “Sojo” es el primer caso donde la Corte se reivindica el control de Constitucionalidad. SOLA, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, Lexis Nexis, 2006, ps. 185. No obstante, cabe señalar que para otro importante sector de la doctrina el primer caso donde se aborda la cuestión del control de constitucionalidad es el caso “Calvete”, publicado en el Tomo I, página de 340 de la primera edición de la Colección de Fallos de la Corte. Entre los que postulan esta línea, se encuentra Miguel Ángel Ekmekdjian, quien expresamente señala que “El primer fallo de la Corte que se ocupa del control de constitucionalidad en el derecho federal es de 1864”. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, “Tratado de derecho constitucional”, Abeledo Perrot, Ed. Depalma, año 1995, T II, ps. 313. Más allá del interés estrictamente académico, excede notoriamente el objeto de este trabajo, determinar cuál fue el primer precedente en que se aborda tal cuestión.

⁵³ En Fallos, 32:120.

⁵⁴ Sin embargo, es interesante hacer notar una disquisición que hace MANILI al respecto, quien sostiene que en “Sojo” comienza el control de Constitucionalidad de las normas, pero sólo en materia federal, pues antes de ello, en “Mendoza, Domingo y otro c- Provincia de San Luis” del 5 de diciembre de 1865 publicado en Fallos 3:131 se declara inconstitucional la ley impositiva de la Provincia de San Luis, dictada el 7 de Julio de 1862 (el fallo no consigna el nro. de norma), en virtud de la cual se le imponía un canon a la salida de producto del territorio provincial, por imponer una suerte de aduana interior. En el año 1869, la Corte falla en el caso “Iturraspe, Bernardo c- Montalvo Ponciano”, del 16 de Septiembre de aquel año, publicado en Fallos 8:45, donde se declara nula una ley provincial que anulaba la venta de tierras fiscales. El 21 de noviembre de 1871, la Corte dicta sentencia en el caso “Procurador Fiscal y del Tesoro de la Provincia de San Juan c- La sociedad de Beneficencia de Señoras, por entrega de fondo, sobre constitucionalidad de un Decreto”, declarando inconstitucional un decreto del Gobernador que disolvía dos personas jurídicas. Todos estos precedentes se tratan de normas provinciales. La discusión acerca de cual fue el primer caso que abrió la potestad del Poder Judicial de ejercer el control de constitucionalidad, es sumamente interesante y enriquecedora, pero excede el objeto del presente trabajo.

caricaturas publicadas en dicho medio gráfico, donde se ridiculizaba la figura de miembros de aquel cuerpo legislativo. Ante ello, Sojo interpuso una acción de habeas corpus ante la Corte Federal, en los términos del artículo 20 de la ley 48.

Dicho precepto, derogado por ley 23.098, expresamente decía que: *“Cuando un individuo se halle detenido o preso por una autoridad nacional, o a disposición de una autoridad nacional, o so color de una orden emitida por una autoridad nacional; o cuando una autoridad provincial haya puesto preso a un miembro del Congreso, o cualquier otro individuo que en comisión del gobierno nacional, la Corte Suprema o los jueces de sección podrán a instancia del preso o de sus parientes, o amigos, investigar sobre el origen de la prisión, y en caso que esta haya sido ordenada por autoridad o persona que no esté facultada por la ley, mandará poner al preso inmediatamente en libertad.”*

Como puede observarse, al igual que en el precedente “Marbury” respecto de la Judiciary act de 1789, la norma nacional extiende la jurisdicción de la Corte más allá de lo previsto por la Constitución. Allí radica la semejanza de los precedentes.

La Corte Nacional, entre otros trascendentes pasajes, sostuvo que: *“Para que el caso ocurriese en el procedimiento que se le ha sometido por el recurso de "habeas corpus", sería necesario que el individuo arrestado fuese un embajador, ministro ó cónsul extranjero, ó el arresto hubiese sido decretado por tribunal ó juez de cuyos autos le correspondiese entender por apelación. Pudiera parecer que tratándose de un mandamiento de uno de los cuerpos constituyentes del Poder Legislativo, en tales recursos, era más propio que la Corte Suprema lo resolviese en única instancia; pero si tales recursos pudieran ser procedentes en tales casos, sería necesario que la constitución fuese reformada al respecto. La ley autorizando el recurso de "habeas corpus", y atribuyendo á todo juez el resolverlo, no ha podido alterar y no ha alterado la jurisdicción fundada en las claras y terminantes prescripciones constitucionales.”* Aquí, aunque sin declarar inconstitucional la norma, repele la posibilidad de que la ley le otorgue una jurisdicción más allá de la prevista por el constituyente.

Seguidamente menciona que la jurisprudencia de la Corte de Estados Unidos, no permite que una ley del Congreso extienda la jurisdicción originaria que la Constitución previó para el tribunal específicamente señala que la U.S. Court, en el caso “Marbury” condenó las asignación de funciones por parte del Congreso más allá de la letra de la Constitución.

Cierra su decisión por mayoría⁵⁵, declarando que no tiene jurisdicción originaria en la causa, debiendo el litigante “ocurrir donde corresponda”.

El caso, por identidad del articulado de las Constituciones, la similitud de la normativa y los hechos, permite inferir que la Corte adoptó para sí la línea fijada en “Marbury”, afianzando en manos del Poder Judicial la potestad de escrutar la constitucionalidad de una norma, y en el supuesto de hallar una inconsecuencia entre esta y la Carta Magna Federal fulminar sus efectos, al menos para el caso concreto⁵⁶.

4. El control a requisitoria de parte o de oficio.

De lo dicho hasta acá, queda claro que esta trascendental potestad tendiente a blindar la supremacía de la Constitución será ejercitada por los jueces. Como segundo peldaño de análisis, corresponde ahora determinar si éstos podrán ponerla en práctica de oficio o será necesario el requerimiento de parte interesada. Es decir, éstos podrán, cuando consideren que el precepto que regula el caso es inconstitucional, echar mano a tal atribución de motu proprio ignorando lo efectivamente pretendido por la parte interesada?, o por el contrario y dado que su ámbito de acción está delimitado por el planteo de cada litigante, estarán impedidos de decidir más allá del margen de las pretensiones.

La cuestión ha resultado en nuestro derecho sumamente controversial y compleja, pues convergen aquí distintos principios jurídicos que no siempre han podido armonizarse.

Si bien al respecto, se tratará cada uno de estos conceptos más adelante, cabe hacer una breve reseña de los problemas que el tema presenta.

4.1. Así, en un primer punto, la necesidad de requerimiento de parte interesada en materia de control de constitucionalidad se ha topado con la aplicación del apotegma *iura novit curia* (que se tratará en el capítulo siguiente), por cuanto a la luz de este último, el juez no sólo está facultado, sino que está obligado a aplicar la ley correspondiente al caso llevado a los estrados de la justicia.

⁵⁵ Los Dres. Ibarguren y de la Torre votaron en disidencia.

⁵⁶ Riso, señala directamente que “*Adoptamos desde el derecho comparado el método surgido a partir del célebre fallo “Marbury versus Madison” dictado por la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. en el año 1803...*”, además de hacer otras interesantes consideraciones en torno a los efectos interpartes del control de constitucionalidad. RISSO, Guido, “*Los otros efectos del control constitucional. Intoxicación del derecho, desconcierto social y desapego por los valores constitucionales*”, en la ley del 20 de Septiembre de 2023.

Pues bien, si la petición de parte es requisito insoslayable para ejercer esta atribución, menudo problema se suscita si la norma en la que debe ser subsumida la relación jurídico procesal es violatoria de la Constitución; en tal caso si la parte no lo ha denunciado, pareciera ser que el magistrado no puede así declararlo, con lo cual debería resolver el asunto bajo el esquema de una norma contraria a la Constitución. Ello equivaldría a obligar al juez a que aplique todo el ordenamiento jurídico, excepto la Constitución en tanto no medie un pedido de parte.⁵⁷

Piénsese por caso que las partes funden –se defiendan y armen sus argumentos– sus pretensiones argumentando que la relación que las une es un usufructo, cuando en rigor de verdad se trata de una locación de inmueble o un contrato de explotación. O califiquen mal un contrato alegando que se trata de una permuta, cuando sea una compraventa o un leasing, o invoquen normas del proceso ejecutivo civil y comercial, cuando se trate de un apremio provincial llevado adelante por Estado. El juez, claramente está obligado a desechar la errónea fundamentación, y debe aplicar la norma que rige el asunto, y tal obrar sería el correcto.

En los casos planteados, no se presenta problema alguno, el juez sencillamente aplica el derecho. Pero es posible que la cuestión no se presente con tanta simpleza y claridad, y que el conflicto se configure porque la norma en la que el juez entiende que debe quedar subsumida la cuestión, y que además no fue tomada en cuenta en los planteos de parte, es inconstitucional.

Esto es un somero planteo del tema, pues sobre este punto se volverá al tratar las conclusiones en la parte final del trabajo.

4.2. Entonces, en el caso de que la norma que el juez decide aplicar es contraria a la Constitución y las partes no han formulado planteo alguno al respecto, se presenta un enorme problema respecto de la potestad de éste de “conocer y aplicar el derecho”.

En particular si ello implica modificar el alcance de una eventual condena.

En relación a este engorroso entuerto, en los capítulos siguientes se abordará cómo la Corte Federal ha decidido en los distintos casos que se le han ido planteando.

4.3. Además de lo dicho, un segundo principio que campea fuertemente en esta cuestión es el principio dispositivo, y su proyección en la sentencia que debe mantener

⁵⁷ La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, hasta “Mill de Pereyra”, al menos en una minoría conformada principalmente por los Dres. Ghione y Negri, fue mucho más receptiva que su par nacional admitiendo el control de constitucionalidad de oficio. Cabe citar al respecto A y S 1988-IV-191, A y S 1992-III-565, A y S 1997-III-899, A y S 1998-VI-413.

una debida congruencia procesal, esto es: la circunscripción de la decisión a la propuesta efectiva que las partes han hecho al trabar la litis.

Según Lino Palacio, por citar un clásico indiscutible de doctrina, el principio dispositivo es aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez⁵⁸. Por este principio, son las partes quienes delimitan el *thema decidendum*, es decir, acotan el pronunciamiento del juez tan sólo a lo que ha sido pedido, dicho en otros términos, implica que a los sujetos que configuran la relación jurídica procesal les incumbe fijar el alcance y contenido de la tutela jurídica requerida, incurriendo en incongruencia el juez que al fallar se aparta de las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado.⁵⁹

Cabe a título de ejemplo preguntarse qué pasaría si el demandado por una deuda dineraria, que se encuentre prescripta, se defiende atacando la causa de la obligación o invocando un pago parcial, y no lo hace alegando la prescripción. Ningún juez podría alterar la pretensión rechazando la acción por aplicación de la prescripción.

El tema cobraría mayor complejidad si la defensa procesal de demandado omite invocar la inconstitucionalidad de la norma; en este caso, ¿que podría o debería hacer el magistrado en su carácter de director del proceso? Esto plantea la controversia acerca si la petición de inconstitucionalidad de un precepto jurídico forma parte de la pretensión o es una cuestión estrictamente de derecho.

De esto surgen además otras polémicas, a saber: si debe darse igual tratamiento cuando son cuestiones de derechos patrimoniales o no, cómo afecta ello al derecho de defensa, o qué sucederá cuando se esté frente a una cuestión de orden público.

Manili presenta un cuadro sintetizando los argumentos a favor y en contra de cada postura⁶⁰. Entre los fundamentos a favor se menciona que: i. el control de la constitucionalidad de una ley es una cuestión de derecho que no depende de la voluntad de las partes, ii. la no petición de declaración de inconstitucionalidad no hace presumir renuncia al derecho subjetivo que pudiese estar lesionado, iii. la tutela de la supremacía constitucional es una regla de orden público, y por tanto imperativa para los Magistrados, iv. la declaración de inconstitucionalidad es una cuestión de derecho y no de hecho y, por lo tanto, no es disponible para las partes en contienda, y v. la regla de

⁵⁸ PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Ed. 2017, actualizado por Enrique Camps, T I, ps. 189.

⁵⁹ PALACIO, *Ob. cit.* ps. 192.

⁶⁰ Manili, *ob. cit.* ps 477. Cabe señalar que el autor, toma el cuadro de la obra de JIMÉNEZ, Eduardo P. "El control judicial de constitucionalidad de "oficio", en la República Argentina" en Manili, Pablo L. (dir), *Tratado de derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, La ley, 2010, t. I, pág. 399.

administrar justicia le está impuesta por la Constitución a los jueces, por lo que no requiere petición de parte.

En sentido contrario al ejercicio de esta potestad *ex officio*, las razones que se mencionan son las siguientes: i. efectuar “de oficio” el control de la constitucionalidad de las leyes rompe el equilibrio de los poderes por la absorción del poder judicial en desmedro de los otros dos, ii. El principio de congruencia y bilateralidad procesal indica que el Juez no debe fallar más allá de lo peticionado por las partes. Caso contrario, introduciría una cuestión constitucional no traída a contienda, desequilibrando el posicionamiento de los contendientes en el marco del proceso, y, iii. Si el juez declara “de oficio” la inconstitucionalidad, rompe el principio de la presunción de legitimidad de los actos estatales.

Cabe aclarar que lo anterior es en términos generales, y no específico para derechos disponibles donde, como se verá a lo largo del presente trabajo la cuestión puede variar.

Para finalizar este apartado, corresponde señalar que el principio de congruencia como límite voluntario de las partes al ámbito donde se dará la discusión procesal, impacta en el derecho de defensa, pues quien desconoce que la inconstitucionalidad de las normas está en juego, mal podría defenderse. Ello se agrava si la cuestión constitucional se incorpora por los magistrados por primera vez en instancias definitivas⁶¹.

5. Las excepciones.

Antes de continuar, y a fin de evitar confusiones debe dejarse en claro que tanto en cuestiones de competencia como en vía de acordadas el Alto Tribunal ha ejercido abiertamente el control de constitucionalidad de oficio, sin mediar valladar o auto restricción en estos campos. No obstante ello, dada la naturaleza particular y específica de estos asuntos, no corresponde su abordaje en el presente trabajo, que quedará limitado a las controversias de casos judiciales donde se debatan derechos disponibles.

⁶¹ Al respecto Sagües dice que “podría añadirse que si la declaración de inconstitucionalidad de oficio causa agravio a una parte, ésta podría objetar lo decidido en una instancia posterior, ordinaria (si ello ocurrió en una sentencia de primera instancia, por ejemplo), o en su caso, extraordinaria (y para ello sería viable, incuestionablemente, el recurso extraordinario federal, conforme las pautas del art. 14 de la ley 48, a fin de discutir mediante el mismo el tema de derecho federal -constitucional- introducido de oficio por el juez”.

Ricardo Haro ha sostenido que la Corte no ha exigido la petición de parte en los casos en que está en juego su propia competencia federal, ya sea por apelación o por la vía originaria y exclusiva⁶².

Solo a los fines de ilustrar, cabe recordar un caso particularmente excepcional que se presentó ante la sanción del Decreto-Ley 17.642⁶³ que establecía el régimen de enjuiciamiento para los miembros de los Superiores Tribunales de Justicia Provinciales. Dicha norma establecía que el tribunal que tendría a su cargo el procedimiento contra aquellos magistrados estaría integrado por un Ministro de la Corte Federal, lo que motivó a esta expedirse declarando inconstitucional la norma, no sólo sin pedido de parte, sino además por fuera del marco de una causa.

Laplacette⁶⁴ también ha trabajado el tema, explicando que en el caso “Partido Provincial Unión Santiagueña”⁶⁵, la Corte dijo que era posible declarar de oficio la inconstitucionalidad si ello era necesario para determinar su competencia. También sostuvo el Tribunal en “Alejandro Bianchi y Cía.” que era posible apartarse de la regla frente “al cercenamiento de las facultades originarias del Tribunal, como es juzgar respecto de la calidad de sus integrantes”⁶⁶.

Por tales razones quedan fuera de abordaje los asuntos de este tenor.

III.- CUESTIONES OBJETO DE ANÁLISIS

Tal como se adelantara parcialmente en el apartado anterior, el entuerto al que se pretende echar un halo de luz en el presente trabajo, presenta una tensión que se configura por la fricción entre los tres compartimentos jurídicos que se ven involucrados en la cuestión: i. el derecho de defensa del litigante perjudicado por la declaración de inconstitucionalidad de oficio, en la medida que no tuvo oportunidad de defenderse ii. el derecho de propiedad, tomado éste como contenido de las cuestiones disponibles y fundamento del principio dispositivo y la congruencia procesal, y iii. finalmente el principio *iura novit curia*.

Por una adecuada metodología de trabajo, corresponde dar más que una definición o concepto, un marco referencial de cada uno de ellos a fin de tener en claro de qué se está hablando.

⁶² HARO, Ricardo, *El control de oficio de constitucionalidad*, ED 64.643. Cita el precedente 238-288, 250-716 entre muchos otros.

⁶³ ED 26-907.

⁶⁴ LAPLACETTE, Carlos, *Facetas...* cit.

⁶⁵ 238:288.

⁶⁶ 248:398.

1. La Garantía de defensa en Juicio.

Tanto el artículo 15 de la Constitución Provincial, como el 18 de la Constitución Nacional aseguran la garantía del debido proceso. Entre las muchas cuestiones que ésta abarca⁶⁷, se destaca la defensa en juicio que, llevado al ámbito del derecho procesal bien puede denominarse “principio de contradicción”. Nuestra jurisprudencia ha acuñado la frase “defensa en juicio” a la debida intervención de la parte interesada en el objeto de la decisión, es decir no actuar a espaldas del litigante⁶⁸. Éste es el sentido que se le dará a los fines de este trabajo.

Palacio enseña que éste principio *“implica la prohibición de que los jueces dicten alguna resolución o dispongan la ejecución de alguna diligencia procesal sin que, previamente, hayan tenido oportunidad de ser oídos, quienes pudieran verse directamente afectados por tales actos”*.⁶⁹

En lo que hace al presente trabajo, la defensa en juicio está esencialmente referida a la posibilidad de que la parte perjudicada con la declaración de inconstitucionalidad pueda formular argumentos en favor de su interés.

Está claro que si la cuestión constitucional está planteada desde el inicio del pleito, la parte conocerá los fundamentos de la contraria y podrá contestarlos, pero distinto es el caso si la declaración de inconstitucionalidad es de oficio. La perjudicada se enterará subrepticamente de ello, sin haber tenido la posibilidad de brindar al juez un punto de vista diferente antes de la decisión.

Por supuesto que esto tiene una enorme gravitación con el principio *iura novit curia*, ambas cuestiones están indisolublemente amalgamadas hasta el punto de ser compartimentos inescindibles, lo que renueva el análisis del asunto a la cuestión referida a si el pedido de inconstitucionalidad de una norma forma parte de la pretensión de parte, o si por el contrario, es una cuestión estrictamente de derecho.

En el primer caso, esto es si se interpreta que la petición de inconstitucionalidad conforma una parte de la pretensión, ésta será “disponible” para el litigante, y su tratamiento de oficio por el juez podría afectar intereses de la perjudicada, quien no se defendió de aquello. Si por el contrario, se estima que la declaración de

⁶⁷ Cabe señalar que excede al presente trabajo ahondar en todas las facetas de la garantía del debido proceso en el plano constitucional.

⁶⁸ Salvo claro está, los procesos cautelares, o que por cuestiones excepcionales así se requiera.

⁶⁹ PALACIO, Lino, *ob cit.* ps 195.

oficio de una norma es una cuestión puro derecho, el juez no se encuentra atado, pues como es sabido el principio *iuria novit curia* faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes (conf. Fallos: 310:2733; 321:1167, y V.49.XXXIX.ROR, del 5-VI-2007, entre muchos otros).

En este sentido, la doctrina ha expresado que un fundamento para que no proceda la declaración de inconstitucionalidad de oficio es que, si lo hiciera, podría violar la defensa en juicio, porque las partes se defienden de los argumentos de la otra, pero la declaración de oficio de la inconstitucionalidad significaría que no pueden defenderse de algo que no habían tenido en cuenta: la opinión del juez⁷⁰.

Brindar una respuesta a este interrogante que sea general y abarcativa de todos los casos, resultaría imposible y hasta cierto punto errado, pues ello dependerá en gran medida de las circunstancias fácticas y los presupuestos de cada precedente en particular. Sobre este punto se volverá más adelante.

Lo atingente hasta acá, es considerar a la defensa en juicio como la necesaria participación de la parte en todo lo que sea materia de decisión, y eventualmente pueda derivar en una afectación de su interés. Queda a resguardo de ello, solamente las cuestiones que se consideren de puro derecho, privativas del ámbito decisorio del magistrado.

Como se dijo claramente el punto en conflicto está puesto en la situación de que el perjudicado por la declaración de inconstitucionalidad de oficio, pudo no haber sido escuchado.

Tan ello es así, que este fue uno de los ejes de debate en el caso “Mill de Pereyra” que se analizará más adelante.

2. El derecho de propiedad, como base del principio dispositivo.

El derecho de propiedad desde el punto de vista del derecho civil siempre ha estado emparentado a la concepción del derecho real dominio, tomado éste como un señorío de una persona sobre una cosa, preferentemente material. Desde una arista más

⁷⁰ MAYÓN, Carlos Alberto, “*Derecho Constitucional Argentino*”, Ed. Haber, La Pata 2021, T I ps. 184.

cercana al derecho constitucional⁷¹, al menos en lo que hace a la manda del artículo 17 de la Carta Magna Nacional⁷², comprende todos los intereses que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad y se integra con las relaciones de derecho privado o de actos administrativos⁷³. Este concepto más extenso, se imbrica con mayor cercanía a la acepción de propiedad utilizada en el derecho procesal como antesala fundacional de lo que constituye la disponibilidad, no solo del derecho, sino de la acción de las riendas del proceso, de su impulso, actividad probatoria, etc.

La propiedad, es mucho más que un vínculo entre una persona y un ente susceptible de apreciación pecuniaria, ya sea una cosa material o un derecho. La propiedad pues hace a la libertad del individuo y está fuertemente vinculada con ésta. En este sentido Badeni explica que la libertad de propiedad se trata esencialmente, de una libertad individual, cuyo origen no reside en la ley humana, sino en la propia naturaleza del hombre, que lo impulsa a ubicar bajo su ámbito de acción y voluntad el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial⁷⁴. Una mirada similar tiene Ferrajoli, quien explica que propiedad es un concepto eminentemente referido a todo aquello que es “propio”⁷⁵.

En el marco del derecho positivo y de una conceptualización más mundana u ordinaria, se podría decir que el patrimonio se compone de un activo y un pasivo, y en este sentido es el conjunto de bienes de una persona y de las cargas que la gravan⁷⁶.

De la conjugación de lo anterior, y desde una mirada procesal del derecho de propiedad, como piedra basal del principio de congruencia, puede afirmarse que éste implica la libertad de disposición de las partes de formular, crear, limitar, renunciar y definir su reclamo⁷⁷. Esto en términos prácticos quiere decir que queda a merced del litigante demandar los meses de locación que le son adeudados, o menor cantidad de éstos, solicitar todos los rubros que forman parte de la liquidación en un despido o no

⁷¹ Sobre esta disquisición ha escrito Gelli en un texto de su autoría. GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, 2013, T I, ps. 262.

⁷² Cabe señalar que los derechos patrimoniales -de propiedad, comprar, vender, contratar, etc- no eran derecho del hombre, eran privilegios de una cierta clase de hombres, puesto que muchos hombres eran el objeto (esclavos) y no el sujeto de esos derechos. Si bien existía antes del proceso constitucional una idea clara de patrimonio que venía desde los romanos, la propiedad como derecho, se consagra a partir del siglo XVIII, con los estados constitucionales modernos. SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, *La Libertad y sus problemas*, Bibliográfica Omeba, 1961, ps. 216.

⁷³ Así lo ha definido la Corte Suprema en el emblemático fallo “Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital”, en Fallos 145:307.

⁷⁴ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, 2010, 3º Ed. ampliada y actualizada, T II, ps. 330.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Libertad y Propiedad*, Palestra, Lima 2018, ps. 13.

⁷⁶ Ver SALVAT, *Tratado de derecho Civil Argentino*, Parte General, 9º Ed. actualizada por Victor Romero del Prado, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, T II, ps. 7.

⁷⁷ A este respecto, cabe recordar las palabras de Pilar Basilici, quien señala que el principio de congruencia está vinculado a otro principio procesal, el dispositivo. BACILISI, Pilar, “*El principio de Congruencia como límite al activismo judicial*”, El derecho 12-8-2024, cita digital ED-V-DCCCXLI-27.

hacerlo respecto de alguno, requerir una compensación por alimentos adeudados a quien los debe o reclamar solo los futuros, pedir intereses o disponer que estos no formen parte del reclamo, etc.

Lo propio sucede con el demandado, quien dispone de extender en mayor o menor medida el alcance de su defensa, ya sea articulando una defensa parcial de prescripción, o allanándose a parte de lo reclamado.

Esto quiere decir que “lo disponible”, no sólo opera en la fase del reclamo para el actor al construir la pretensión, sino también al demandado requerido, que en su condición de “deudor”, puede libremente diagramar la defensa que entienda que mejor le conviene, ya sea reconociendo el embate en su contra mediante un allanamiento, o hacerlo parcialmente, o bien resistir con fortaleza mediante todas las defensas disponibles. Resulta ilustrativo al efecto de graficar lo que se viene diciendo las palabras de David Lascano, quien denominaba a este principio “principio dispositivo” o “derecho de disponer”⁷⁸. El término “disponer” supone claramente una libertad de hacer uso de algo.

Esto, se proyecta en el proceso en toda la actividad a cargo de las partes, ya sea en materia probatoria, desde su ofrecimiento hasta la correcta producción, como el impulso procesal, la diligencia en la gestión del pleito, la impugnación oportuna de aquellas cuestiones que le sean perjudiciales, etc.

Es decir, cuando se trata de derechos disponibles, y no hay involucrados asuntos de orden público o de trascendencia institucional, las partes son las dueñas del proceso.

Este será el sentido del derecho de propiedad a los fines del presente trabajo; de un lado proyectado como el amplio margen de libertad de disposición de los propios derechos de apreciación pecuniaria; y del otro fundamentalmente, como la prohibición de avasallamiento sobre la propiedad de un litigante más allá de lo requerido por la contraparte.

Esto último significa que una vez formulada y delimitada la pretensión por el demandante (y por el demandado si se reconviene), y trabada la litis, el objeto del litigio queda sellado. Ampliarlo indebidamente afecta la congruencia procesal y con ello la propiedad de la parte perjudicada.

⁷⁸ LASCANO, David, *Principio dispositivo en el proceso moderno*, en “Fundamentos de derecho Procesal”, Hugo Alsina Director, compilación de Carlos Vallefin, Ediar, Buenos Aires, Reimpresión 2016, T. II, ps. 399. Es bastante frecuente encontrar este tipo de terminología en la doctrina clásica. Por caso, Carnelutti habla de proposición y disposición de las partes, quienes llevan su pedido al juez. Ver en CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil*, Uthea Argentina, 1944, t. IV, ps. 6.

Ello es así, pues llenar y dar forma al contenido de la pretensión es una carga de la parte. En este aspecto cabe recordar las inveteradas palabras de Carnelutti, quien decía que existe una carga “*cuando el ejercicio de una facultad aparece como condición para obtener una determinada ventaja; por ello la carga es una facultad cuyo ejercicio es necesario para el logro de un interés. Obligación y carga tiene de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad; pero difieren en el elemento substancial, porque cuando hay obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno, y para la tutela de un interés propio, cuando se trata de la carga*”⁷⁹.

De esta noción se puede deducir que asume una enorme gravitación la carga procesal de cada parte de formular debidamente su pretensión, y en tal caso si ésta estará conformada o no por un pedido de inconstitucionalidad de una norma.

3. El *iura novit curia*.

Siguiendo a Hugo Alsina⁸⁰, quien ha tratado el tema con mucha profundidad, se puede afirmar que las limitaciones impuestas al juez en cuanto a la configuración del *thema decidendum* que hacen las, no rigen para el derecho, porque aun cuando las partes no lo invoquen, o lo invoquen erróneamente corresponde al juez la calificación de la relación substancial en la litis y determinar la norma jurídica que la rige, lo que constituye un principio que se patentiza con la fórmula “*iura novit curia*”.

En igual sentido Couture explicaba que el aforismo en cuestión, significa, pura y simplemente, que el tribunal no se halla atado por los errores o las omisiones de las partes y que en la búsqueda del derecho todos los caminos se hallan abiertos ante él⁸¹. Lo propio era sostenido por Piero Calamandrei, en la primera mitad del siglo XX, al expresar que el *iura novit curia* concertaba los poderes del juez en el conocimiento del derecho⁸². Se ha citado doctrina clásica con el fin de poner de relieve muy especialmente, que este principio tiene una profunda y antigua raigambre en nuestro derecho, y que se ha mantenido invariable en el tiempo.

⁷⁹ CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de derecho procesal Civil*, T I, introducción y función del proceso Civil, traducción de Niceto Alcalá Zamora, y Santiago Sentís Melendo, Uthea Argentina, 1944, ps. 65.

⁸⁰ ALSINA, Hugo, *Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1957, T. II, ps. 246. Además de ser uno de los grandes procesalistas de la Argentina, Alsina dedica varias páginas al mentado principio.

⁸¹ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, La Ley 2010, ps. 258.

⁸² CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1962, T. III, ps. 216. Repárese que si bien la obra citada es del año 1962, cuando ya había fallecido el autor, se afirmó que fue en la primera mitad del siglo XX, pues la primera edición es de 1942.

Más contemporáneamente Palacio, como se dijo en apartados anteriores y cabe ahora reiterar, señalaba que bajo este apotegma la determinación de las normas aplicables corresponde al juez, por su conocimiento del orden jurídico vigente, quien se halla facultado para prescindir de las argumentaciones jurídicas planteadas por las partes⁸³. Idénticas palabras expresa Camps, al decir que a partir de este principio el juzgador no se encuentra limitado en lo referente al encuadre jurídico de la pretensión efectuado por los litigantes, sino que será siempre el magistrado el que aplique el derecho de acuerdo con su propio criterio⁸⁴. Peyrano señala que este principio alude a la “necesaria libertad con que debe contar el sentenciante para subsumir los hechos alegados y probados por las partes, dentro de las previsiones normativas que rigen el caso, sin perjuicio que los contradictores pudieran haber efectuado un encuadre diverso⁸⁵”.

Este racconto bibliográfico, que puede pecar de extenso y profuso lejos está de ser innecesario, pues tiene como única y esencial finalidad demostrar que desde los clásicos más lejanos hasta los autores contemporáneos, ha existido -a diferencia de la mayoría de los institutos jurídicos- una unanimidad en cuanto a cómo debe ser definido este principio.

Cabe reiterarlo: pocos institutos jurídicos deben presentar aguas tan mansas en el campo doctrinario como al definición de este brocárdico.

Habiendo pues conceptualizado el tema, cabe adentrarse en la naturaleza del asunto. En este punto, según Sentís Melendo, el adagio data del siglo XIII, y aunque no está corroborado pareciera ser que un juez fatigado por las disquisiciones jurídicas del abogado en una audiencia, lo interrumpió exclamando “*Venite ad factum. Curia novit ius*”⁸⁶, que significa “vaya el hecho, el juez conoce el derecho”.

Siguiendo a Alsina, se puede aseverar que este principio se funda en la “*presunción de que el juez conoce el derecho y de que en la sentencia debe confrontar los hechos (que constituyen la premisa menor), con los presupuestos de hechos de la norma abstracta (premis mayor)*”. Añade el jurista correntino que “*El juez pues calificará la relación jurídica, y esto es determinar la norma que la rige, porque la acción se individualiza por los hechos y son los hechos en realidad los que determinan*

⁸³ PALACIO, Lino, *ob. cit.* T. III, ps. 2274.

⁸⁴ CAMPS, Carlos Enrique, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, anotado, comentado, concordado*, Abeledo Perrot, 2012, T I, ps. 540, comentario al artículo 163.

⁸⁵ PEYRANO, Jorge, *El proceso Civil*, Bs. As. 1978, ps 96, citado en LOUTAYF RANEA, Roberto, *Principio Dispositivo*, Astrea 2016. 1° reimpresión ps. 341.

⁸⁶ SENTIS MELENDO, Santiago, *Iura Novit Curia*, Revista de derecho procesal, año V, 2° Parte, Buenos Aires, 1947, ps. 208.

las normas”⁸⁷. Igual criterio sostuvo Haro al expresar que “*El principio iura novit curia se apoya en la circunstancia de que el juez es el docto en derecho, es el experto en la ciencia jurídica, razón por la cual el Código Civil lo hace inexcusable de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (artículo 15).*”⁸⁸

Bajo esta idea, es posible suponer que la “calificación” a los fines de la aplicación de este principio, no sea lo mismo que el control de la constitucionalidad de la norma. Una cosa es permitir que el juez seleccione y determine qué norma habrá de ser la que resuelva el asunto, y otra bien distinta es que el juez decida *ex officio* que la norma que rige la cuestión resulte contraria a la constitución.

Piénsese cuál es el *quid* de la cuestión. Las partes expresan sus hechos según su criterio, y requieren al juez lo que pretenden (vgr. una suma de dinero, una porción de tierra, la titularidad de un bien, etc.). Sobre estas cuestiones puede la contraria defenderse y alegar lo que mejor entiende en favor de su posición, y esto determina el ámbito de la decisión del juez, quien no podrá alterar los requerimientos originalmente formulados por los litigantes. Por otro lado, la aplicación del derecho que finalmente haga el juez no requiere en términos estrictos una “defensa” del litigante, pues la selección y la interpretación de la norma es un acto de autoridad que no amerita contrapunto ni sustanciación. A todo evento, ante el yerro judicial, en la subsunción, aplicación o interpretación de la ley estará la posibilidad del recurso, pero la parte no disputa ni litiga contra el juez para determinar qué norma corresponde aplicar.

Retomando algunas hipótesis que se mencionaran en acápites anteriores, cabe proponer para graficar el tema un ejemplo claro de aplicación del principio *iura novit curia*, que se daría en caso de que una demanda sea entablada en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo por un sujeto “A” alegando un despido injustificado, y el sujeto “B” la repeliere argumentando que medió justa causa en el distracto; el juez de oficio puede resolver que el vínculo entre ambas partes no encuadra en una relación laboral en los términos de la L.C.T., sino que es una locación de servicio regulada por el Código Civil y Comercial de la Nación, y de acuerdo a las pretensiones aplicar las leyes civiles según corresponda. Mientras no se aleje de lo efectivamente requerido, y de los hechos comprobados en el marco de la causa, el órgano puede calificar la relación jurídica según el derecho aplicable, más allá de la errónea subsunción que hicieran los litigantes.

⁸⁷ ALSINA, *ob. cit.*, ps.247 y 249.

⁸⁸ HARO, Ricardo, “*Control de Constitucionalidad*”, Zavallia, Buenos Aires, 2007, ps. 82. En el ordenamiento actual es el artículo 15 del Código Civil y Comercial actual.

Lo mismo sucedería si las partes litigan invocando una mutuo, cuando en realidad se trata de un contrato de leasing, o si en lugar de la normativa laboral de fondo, la relación se rige por las leyes de empleo público. Nadie podría argumentar válidamente que el órgano decisor queda obligado a aplicar el derecho que invocan las partes sino que, dado que el juez “conoce el derecho”, debe subsumir el *factum* en la norma correcta. Cabe recordar en esta tónica que inveteradamente la Corte Federal ha dicho que: “*en virtud del principio iura curia novit el juez está facultado para determinar cuáles son las disposiciones legales que rigen el caso, ello no habilita a introducir de oficio defensas no articuladas por los interesados*” (doctrina de Fallos: 274:60; 329:4372, entre otros).

Estos casos no plantean dudas. El problema –como se viene explicando- se configura esencialmente si la norma bajo la que queda subsumida la relación jurídica es a criterio del juez inconstitucional, y las partes no formularon un pedido a fin de abrir la jurisdicción en estos términos.

Así pues, lo jueces no pueden por aplicación del brocardo *iura novit curia*, modificar la pretensión, otorgar más allá de lo reclamado (aun cuando se tuviese el derecho y correspondiese), les está vedado convertir una reivindicatoria dominial en un interdicto, ni éste en un cobro de alquileres, ni pueden trocar una resolución contractual en un juicio de daños, y se castigará con el rechazo de la pretensión a quien articule mal la vía, más allá de la posibilidad del titular del derecho de reclamar por la vía correspondiente.

Tampoco pueden los magistrados reconocer en un cobro de alquileres más períodos de los reclamados, ni pueden otorgar intereses a quien no los ha solicitado, o reconocer un daño mayor al pedido en la demanda, o dar una suma por una lesión si esta no fue requerida, aun cuando en el pleito se demuestre que si fue efectivamente sufrida.

Siendo ello así, y no habiendo discusión alguna respecto a que un erróneo planteo de la acción o una omisión negligente en el armado de la pretensión trae como consecuencia el rechazo o su falta de reconocimiento, no parece injusto afirmar, al menos liminarmente, que el control de constitucionalidad de oficio -por lo menos en materia de derechos disponibles- puede avanzar indebidamente, y eventualmente alterar o modificar la pretensión procesal y llevar a una condena más allá de la pedida por la parte interesada. Esta anomalía se intensifica si en el caso se da la situación de que la

parte en perjuicio de quien la norma se declara inconstitucional no tuvo oportunidad de defenderse.

Lo cierto es que como se dijo en párrafos anteriores, este adagio latino data del año XIII, y los regímenes constitucionales son cinco siglos después, es decir que la aplicación del mismo fue siempre independiente del control de constitucionalidad; es más, en nuestro país - sobre este punto trabajará más adelante- el *iura novit curia* se aplicó sin cortapisa alguna aun estando vedada la declaración de inconstitucionalidad de oficio para los jueces, al menos hasta el año 2001.

En resumidas cuentas, este apotegma implica que la definición de los hechos y el alcance y magnitud del reclamo (la pretensión) corresponde o es una carga para los litigantes titulares del derecho, en tanto que la decisión sobre las normas que subsumen el asunto es un atributo y deber del juez, sin perjuicio de la posibilidad de las partes de sugerir el derecho aplicable. Queda entonces subyacente la pregunta si la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una cuestión enteramente de derecho, o si su impacto puede trocar la pretensión deducida, siendo entonces más una situación susceptible de ser reclamada, y por ende vedada al juez si no fue pedida.

Cabe reiterar, que lo anterior no significa vedar a las partes la posibilidad de sugerir el derecho aplicable y su posible interpretación. Al respecto corresponde traer a colación las palabras de Laplacette, quien con buen tino señala que resulta irrazonable privar al proceso del discurso de las partes a fin de determinar la aplicación o no de esos conceptos. Y todo fundado en la ficción de que el juez, conoce todo el derecho, lo que resulta imposible, más aún en la realidad actual donde las contiendas judiciales son cada vez más complejas y abordan cuestiones de diversa índole como la informática, el ciberespacio, farragosos temas ambientales, etc.⁸⁹.

⁸⁹ LAPLACETTE, *ob cit.*

CAPÍTULO II
EL CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD
EN ARGENTINA

IV.- EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

En el capítulo anterior y a los fines de dar un marco referencial, se abordaron los ribetes salientes del control de constitucionalidad y los grandes temas que involucran el ejercicio de esta potestad *ex officio* como son el derecho de propiedad -y su faceta respecto de la disponibilidad del derecho material-, el *iura novit curia* y el principio de congruencia, por lo que corresponde ahora analizar cómo ha sido tratado el asunto en la jurisprudencia de la Corte Argentina.

Cabe adelantar que a grandes trazos podría afirmarse que sobresalen dos etapas. La primera de ellas, donde el control de oficio estaría terminantemente prohibido, que da inicio con “Ganadera Los Lagos”, y se extiende hasta “Mill de Pereyra”. La segunda, que comienza con éste último caso y sigue hasta nuestros días, y se caracteriza por permitir dicho control.

Ahora bien, una mirada más aguda sobre el tema (y no a “grandes trazos”, como en el párrafo anterior), se pueden ver no dos, sino tres etapas. Las dos mencionadas, precedidas por una primera etapa –que termina en “Ganadera Los Lagos”- donde la cuestión no fue objeto de un debido abordaje durante casi ochenta años. En palabras de Maraniello, en este segmento “no hubo regla explícita sobre la necesidad de petición de parte para el ejercicio del control”⁹⁰.

Pero, si se sigue desgranando el tema más rigurosamente, puede verse que la última etapa tiene matices. Con lo cual habría tres etapas, con una última subdividida a su vez en distintas parcelas. Sobre este punto se volverá más adelante.

1. La declaración de inconstitucionalidad a “pedido de parte” y “de oficio” en la jurisprudencia argentina

Con alguna disquisición aislada que no viene al caso⁹¹, en términos generales la doctrina argentina es conteste en que el primer gran hito respecto del punto en cuestión se da en el caso “Ganadera Los Lagos”⁹².

⁹⁰ MARANIELLO, Patricio, “*inconstitucionalidad de oficio, actualidad y límites*”, JA 2014-II.

⁹¹ Como se señalara antes, para Amaya (ob. cit. ps. 255) el primer caso de inconstitucionalidad de oficio se da en el caso “Vicente Casares”, en Fallos 11:257, allí la Corte confirma un fallo que había declarado inconstitucional un contrato administrativo en virtud del cual el PE provincial le permitía a un particular cobrar un impuesto que no habría sido creado por el PL.

⁹² “Ganadera los Lagos S.A. c- Gobierno Nacional”, del 30-06-1941, en Fallos 190:142.

Allí, mediante una demanda interpuesta el 25-0-1934 se impugna el “superior decreto del 21-04-1917” del Poder Ejecutivo que declara caduco el dominio sobre los terrenos que la empresa actora habría comprado merced a una ley de promoción para la adquisición de tierras fiscales.

El fallo es por demás criticable en su esencia, distorsiona enormemente el objeto de la cuestión controvertida, y so pretexto de que el P.E. no puede ejercer funciones judiciales en los términos del artículo 95 de la Constitución (actual 109), convalida la compra de tierras fiscales en franca violación a una ley de promoción del desarrollo.

Sin perjuicio de la reprochable decisión, en lo que hace estrictamente al objeto de este trabajo, específicamente se señala lo siguiente:

“Que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de ‘poder’ la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa, de oficio los actos legislativos o los decretos de la administración. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar desequilibrio de los tres poderes es indispensable que exista un pleito, una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional. Como ha dicho Cooley, es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados. Sólo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima. Sin este freno el equilibrio de los tres poderes, condición esencial del gobierno organizado por la Constitución, se habría roto por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos. Que siendo por consiguiente indispensable en el derecho público argentino que la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos sólo pueda pronunciarse a petición de parte, es decir, por aquéllos a quienes perjudique, la circunstancia de no poder serlo de oficio por los jueces no altera la verdadera naturaleza del acto que será inconsistente o nulo, a pesar de esa circunstancia, si el agente fuese incompetente para otorgarlo o resultara prohibido su objeto por la Constitución o por la ley. Y eso, porque no podría decirse sin manifiesta inconsecuencia que la nulidad de un acto que allana disposiciones de carácter constitucional no lesiona al orden público o a la colectividad porque se haya atribuido para mantener el instrumento de gobierno así creado a los directamente interesados en

conservarlo, el pedido de nulidad. En el derecho administrativo por razones institucionales la declaración de actos inexistentes o nulos es independiente del hecho de que ella pueda o no pedirse por los interesados. Más aun, es a éstos a quienes les corresponde constitucionalmente tomar la iniciativa con exclusión de los miembros del Poder Judicial”.

Estos párrafos, en particular la primera oración del segundo quedó marcado a fuego⁹³ en los anales de la praxis jurídica Argentina y tuvieron una vigencia casi inalterable de sesenta años⁹⁴. La realidad es que en el fallo en comentario se debatía la nulidad de un acto administrativo y la prescripción de la acción para impugnarlo, por lo que no pareciera necesario hacer tan contundente afirmación respecto del control de constitucionalidad. Bastaba con decir que el régimen de nulidades del Código de Vélez era transpolable al ámbito del derecho administrativo, y que cuando la nulidad del acto es absoluta la acción es imprescriptible.

Cabe además señalar, que la cita de Cooley no posee referencia alguna lo que impide saber cuál es su fuente, no obstante lo cual, Bianchi alude que se trataría de una obra bien conocida por la Corte Federal llamada “Principios generales de derecho constitucional en los Estados Unidos de América”⁹⁵, más lo cierto es, como lo destaca el citado autor, que la regla de que los jueces no pueden ejercer control de constitucionalidad de oficio, no ha sido asentada en forma expresa ni por la doctrina ni por la jurisprudencia norteamericanas⁹⁶.

Excede a este trabajo, el muy interesante aspecto referido a si los decretos del Poder Ejecutivo cuya legalidad se debatían eran nulos, si la acción se encontraba prescripta, y algunos datos llamativos como pueden ser porque la empresa actora impugnó el obrar de la Administración con una tardanza de 17 años, o porque la Corte convalidó la adquisición de tierras fiscales en violación al régimen legal preestablecido.

Pero más allá de esto, lo cierto y lo que en definitiva el fallo deja como *holding*, es que la declaración de inconstitucionalidad de una norma requiere pedido de parte. Dado que, como se mencionó antes, esta afirmación no revistaba la discusión o el

⁹³ Bianchi utiliza la frase “Dogma de fe”, BIANCHI, Alberto, “Control de Constitucionalidad”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002, ps. 326

⁹⁴ En otra de sus obras, BIANCHI, quien coparte el control oficio de constitucionalidad, señala que “Ganadera Los Lagos” implica que “el control constitucional no se ejerce de oficio”. BIANCHI, Alberto, “Una Corte Liberal”, Abaco, Buenos Aires, 2007, ps. 188.

⁹⁵ Esa obra se encuentra citada en el capítulo anterior de este trabajo, al abordar la cuestión vinculada al origen del control de constitucionalidad.

⁹⁶ Bianchi, *¿Está en crisis...*, cit.

eje central del debate, es una difícil tarea explicar los motivos por los cuales la Corte dijo lo que dijo.

Tampoco ello fue materia de gran debate en los años siguientes, sino que sin un mayor grado de análisis⁹⁷, se sabía que había una premisa inicial o un recaudo insoslayable que establecía que la declaración de inconstitucionalidad sólo debía estar precedida por una requisitoria expresa⁹⁸.

Como ejemplo de ello, cabe citar una obra de Julio Oyhanarte, emblemática en el derecho argentino en la segunda mitad del siglo XX, donde se da por sentado sin lugar a cortapisa que la requisitoria de oficio es necesaria para la declaración de inconstitucionalidad⁹⁹.

2. Una vuelta de timón. Nuevo siglo, nueva tendencia

Esta doctrina de la necesidad de pedido de parte para la declaración de inconstitucionalidad, navegó por aguas mansas hasta que la composición de Corte instaurada en 1983, trajo nuevos aires al asunto. Desde un primer momento, los jueces Fayt y Belluscio se mostraron a favor del control de constitucionalidad de oficio en el precedente “Juzgado de Instrucción Militar Nro. 50”¹⁰⁰.

Allí, se produjo un conflicto positivo de competencia entre un tribunal militar y un Juez Federal que declaró de oficio la inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar que fijaba la jurisdicción castrense para juzgar delitos cometidos durante la última dictadura militar. Los citados ministros esencialmente dijeron que la prohibición de actuar *ex officio* de los jueces quiere decir que su obrar no puede ir por fuera del marco de una causa, más ello no implica que en dicho ámbito no puedan declarar una norma inconstitucional aun cuando no medie petición de parte. La llave de bóveda radica -siempre en opinión de los citados ministros- en el artículo 31 de la Constitución que obliga a aplicar como primera norma de cualquier caso y más allá de la especificidad del mismo, la Constitución Nacional¹⁰¹.

⁹⁷ Haro analiza los precedentes que profundizan la línea de “Ganadera Los Lagos” en ED. 64-643.

⁹⁸ La Corte ratificó su decisión dos años después en el caso “Ferrari Daniel c/ Peiti Ramón”, en Fallos 199:466 y “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Rodríguez Pedro”, Fallos 204:671. Posteriormente fue ratificado en innumerables oportunidades. Recomendamos la lectura de Bianchi, “control” ...cit. *TI* ps 327.

⁹⁹ OYHANARTE, Julio, “Poder Político y cambio estructural en la Argentina”, Paidós, 1969, ps. 78.

¹⁰⁰ Fallos 306:303.

¹⁰¹ Sobre los antecedentes del caso es recomendable la lectura de CLÉRICO, Laura, GAIDO, Paula, “La Corte Genaro Carrió”, Ed. Ad Hoc, artículo de FILLIPPINI, Leonardo, *Justicia Militar y justicia federal*, ps. 123.

Este halo de luz se vuelve percibir en el caso “Osvaldo J. Peyru”¹⁰², donde la Corte, sin mayoría de argumentos, hace lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Estado. Los antecedentes del caso eran los siguientes: el actor impugnaba una multa impuesta en los términos del artículo 10 de la ley 21.898; norma ésta que el propio tribunal había declarado inconstitucional en varias oportunidades. Por tal razón -al menos a criterio de Bianchi¹⁰³- la parte actora no se vio obligada a plantear expresamente la inconstitucionalidad de la norma, lo que, como se verá más adelante derivó en el rechazo de la demanda.

Siguiendo el criterio de la Corte, la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal al tomar el caso, declaró de oficio la inconstitucionalidad de la norma. Una vez articulado el recurso extraordinario, el Alto Tribunal revocó el fallo por haberse ejercido esta potestad de oficio, aun cuando en sustancia la Cámara habría aplicado el criterio de la propia Corte respecto a la inconstitucionalidad del precepto. Devolvió el expediente y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento. Acá se puede ver lo paradójal del asunto: aun cuando a criterio de la Corte la norma es inconstitucional, no podría así declararlo sin pedido de parte.

Antes de continuar cabe hacer una acotación sobre el caso “Peyrú”. Según Bianchi¹⁰⁴, *“Este fallo no es innovador, pero sirve en cambio para demostrar el absurdo al cual conduce la aplicación mecánica de la regla de la prohibición del control de oficio. La Corte admite que la ley es inconstitucional y cita además sus propios precedentes en la materia, pero se abstiene de aplicar la tesis que ella considera correcta debido a la omisión de un recaudo formal. En definitiva, frente a casos idénticos falla de diversa manera según como las partes hayan planteado el caso”*. Esta afirmación, por su absoluta logicidad y por el peso específico de la pluma que escribe se muestra irrefutable. No obstante, la solución no es distinta a la que se aplicaría si un recurso, aun contra una sentencia arbitraria o injusta, fue interpuesto fuera del plazo, o sin alguno de los recaudos formales de la acordada 4/2007, o sin la reserva del caso federal en todas las instancias, etc. Sobre esto se volverá en las conclusiones del presente trabajo.

¹⁰² En Fallos 310:1401.

¹⁰³ Bianchi, Alberto, *Control...* cit, ps 330. Destaca este autor la sinuosidad que este caso presentó en la circulación del expediente en la Corte. Dice Bianchi: *“El voto mayoritario, a cargo de los jueces Caballero y Bacqué, admite la inconstitucionalidad de la norma, pero ordena revocar el fallo por no haberse planteado a pedido de parte la inconstitucionalidad. El Juez Belluscio -quien está a favor del control de oficio, como ya se ha visto- mantiene su criterio, pero entiende que la ley no es inconstitucional. El juez Petracchi, por su lado, sigue a la mayoría en cuanto a la prohibición del control de oficio y a su vez coincide con el anterior en que la ley no es inconstitucional. Finalmente, el juez Fayt es el único que propicia la convalidación del pronunciamiento de la instancia anterior”*

¹⁰⁴ Bianchi, “Control...” cit.

Pues bien, retomando el hilo conductor del objeto de estudio, es dable decir que la posición de la Corte, con las disidencias señaladas se mantuvo en términos generales hasta el año 2001.

En esa fecha, el criterio favorable a la declaración de inconstitucionalidad de oficio que asomaba en las posturas minoritarias desde 1984, se termina de concretar en el precedente “Mill de Pereyra”¹⁰⁵, que importó el establecimiento de una nueva línea jurisprudencial que supone ni más ni menos que abandonar el criterio de “Ganadera Los Lagos”. Como antecedentes de este asunto, cabe recordar que un grupo de magistrados de la provincia de Corrientes solicitaron el pago de diferencias salariales existentes entre el importe nominal de sus haberes y las sumas que resultaron de la actualización de estos, en función de la depreciación del ingreso basándose para ello en el principio de intangibilidad de las remuneraciones de los jueces (artículos 96 y actual 110 de la Constitución Nacional, y 143 de la local).

Una Corte de Conjueces de aquella provincia hace lugar a la pretensión declarando la inconstitucionalidad de oficio de la prohibición de indexar deudas prevista en la ley de convertibilidad Nro. 23.928. Este pronunciamiento fue impugnado por la representación fiscal local mediante recurso extraordinario federal.

Según surge del dictamen de la Procuración General de la Nación y del relato de antecedentes efectuado por la propia Corte, además del fondo del asunto, y en lo que hace estrictamente a la declaración de oficio, el recurso la Provincia porta agravios vinculados a la violación al principio de defensa en juicio y de congruencia¹⁰⁶.

En el Dictamen de la P.G.N. se propicia hacer lugar al recurso sobre la base trazada desde “Ganadera Los Lagos” en adelante. Esto es esperable, pues tal órgano reproduce lo que es el criterio fijado por la Corte Federal, correspondiéndole a éste último innovar, si así lo entendiera. Desde tal mirador, la postura del Procurador General es correcta, pues como allí bien se destaca la decisión contraria al criterio del Tribunal, no aporta nuevos argumentos o propone una línea distinta de análisis.

La decisión de la Corte -más allá de la opinión sobre el mérito del asunto- resulta criticable por el modo en que se estructura el fallo y la configuración de la mayoría.

¹⁰⁵ Fallos 324:3219, “Mill de Pereyra Rita Aurora c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa”, sent. del 27-9-2001.

¹⁰⁶ La Procuración General de la Nación brinda una explicación más detallada de la cuestión, que la que hace la Corte (ver al respecto, apartado “IV” P.G.N., y considerando 5° del fallo).

Para fundar tal afirmación conviene desbrozar la sentencia según el modo y las razones brindadas en los votos de cada Ministro.

a.- Voto de los Dres Fayt y Belluscio: como era de esperar, los citados ministros reproducen su voto en el precedente “Juzgado de Instrucción Militar N° 50”. El voto se apoya sobre tres ejes para sostener la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio: i. el primero es que no existe un supuesto desequilibrio de poderes en favor del Poder Judicial, pues si así fuere, no podría sostenerse que tal desequilibrio no se configura cuando medie pedido de parte, y sí se configura cuando no hay requisitoria de parte; ii. tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos públicos en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma superior; y iii. finalmente no se afecta el derecho de defensa, pues si así fuere toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por las partes sería irregular so pretexto de no haber podido los interesados expedirse al respecto; además tampoco importaría un avasallamiento a la garantía de defensa en juicio, pues en rigor de verdad corresponde a los jueces aplicar el derecho que según el caso corresponda.¹⁰⁷

b.- Voto de los Dres. López y Bossert: en lo que a la cuestión se refiere, los mencionados jueces, entienden que no hay una violación al derecho de defensa, pues *“los litigantes han tenido suficiente oportunidad de ser oídos sobre el punto en el remedio federal y su escrito de contestación, lo que torna inoficioso pronunciarse”* al respecto, en la medida que tal derecho ha quedado a resguardo en la instancia de la Corte.

c.- El voto del Dr. Boggiano: El citado ministro señala al iniciar su voto, que el criterio de “Ganadera Los Lagos” merece ser revisado. Luego, entre los considerandos 10° a 15° explica su posición de manera sucinta y clara; indicando que la declaración de inconstitucionalidad de oficio de una norma no implica avasallamiento del Poder Judicial sobre el resto de los poderes, pues es esta una de las funciones esenciales de la magistratura (cons. 10°). Seguidamente profundiza este argumento agregando que es tarea esencial del Poder Judicial controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por los poderes Ejecutivo y Legislativo a fin de mantener la supremacía de la Constitución Nacional (cons. 11°). En adición a ello, señaló que el análisis de

¹⁰⁷ El eje del voto está expresado en el Considerando 9. Es importante dejar ello en claro, pues la adhesión que prestan los Dres. López y Bossert es hasta el considerando 8.

constitucionalidad de una norma es una cuestión de derecho que se resume en el viejo adagio romano *irua novit curia*.

En cuanto a la presunción de legitimidad de los actos públicos explicó que es un principio *iuris tantum*, que cede ante la comprobación y declaración de invalidez de las normas por el Poder Judicial (cons. 13°).

Respecto del derecho de defensa expresó que no existe violación, 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*” y cita los votos de los Dres. Belluscio y Fayt en “Juzgado de Instrucción Militar n° 50”. Agrega además, en línea con lo expuesto por el Dr. López, que *“este derecho ha sido salvado pues la demandada ha podido expresar su opinión sobre la validez de la norma cuestionada en el recurso extraordinario ante esta Corte”* (cons. 14°).

Hasta acá, y en lo que hace al derecho de defensa, hay cuatro jueces que suscriben que la declaración de inconstitucionalidad no avasalla el mismo, pues si así fuera debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma” (Fayt, Belluscio, López y Bossert), y tres que estiman que hubo una debida sustanciación del asunto (Boggiano, López y Bossert, y estos dos últimos de modo concurrente).

d.- Voto del Dr. Vázquez: en lo que a la presente cuestión interesa, el mentado ministro señala a partir del considerando 9° que si bien puede verse en la jurisprudencia de la Corte un antecedente favorable, y destaca para ello el caso “Vicente Casares”¹⁰⁸, postula que a partir de “Ganadera los Lagos” el criterio contrario fue contundente. Cierra este prolegómeno aclarando que *“Esta Corte, en su actual composición, no comparte este último criterio”*.¹⁰⁹

Entre los argumentos que hacen a la esta posición, a partir del considerando 13° comienza por abordar la injerencia a otros poderes, y se refiere a que el control de constitucionalidad de oficio no trae aparejada tal anomalía, pues si así fuese la petición de parte o la actuación de oficio no haría la diferencia, y cierra con contundencia

¹⁰⁸ Fallos 11:257, citado anteriormente. Sobre este punto se mencionó que para “Amaya” es el primer precedente donde se declara inconstitucional una norma de oficio.

¹⁰⁹ El hecho que Vázquez es el sexto ministro en el orden de votación y toda vez que, hasta su intervención no hubo mayoría de fundamentos, es claro que de modo previo a la confección de los votos, el asunto fue discutido por los ministros, y seguramente planteada y circulada por escrito. El Dr. Vázquez hace referencia al “criterio de la Corte”, del cual, como resulta obvio, tomó conocimiento de modo previo a la realización de los votos. Esto no empece la validez del fallo en absoluto, sino que por el contrario evidencia que la discusión entre los distintos miembros de un tribunal colegiado, se da de un modo concienzudo, estudiado y con el suficiente tiempo de meditación y análisis, que no podría muchas veces tener un intercambio *in voce*.

diciendo que: “Dicho con otras palabras, no se entiende por qué el control de inconstitucionalidad a pedido de parte no rompe el equilibrio entre los poderes, mientras que sí lo altera el control ejercido de oficio por los jueces. El argumento, así expuesto, evidencia falta de lógica, pues el equilibrio habría de romperse por la existencia misma del control en los dos supuestos, o bien no romperse en ningún caso, pero nunca en uno sí y en el otro no, ya que esto último es ontológicamente contradictorio”.

El fundamento brindado es sólido, y obedece a una confusión que se presenta con frecuencia entre los operadores jurídicos que equiparan la “actuación de oficio” con la “declaración de inconstitucionalidad de oficio”. La procedencia de ésta última es materia de análisis en el presente trabajo, en tanto que la primera está totalmente vedada al Poder Judicial, quien está impedido de tomar la iniciativa de la potestad de contralor de la que dispone por mandato constitucional. Ésta obligación insustituible y primera función de la magistratura, sólo puede ser ejercida en el marco de una causa, y ante la excitación de la jurisdicción por parte de los otros poderes públicos o de un tercero¹¹⁰.

Por su parte, el control de constitucionalidad de oficio no encuentra en el texto constitucional un valladar infranqueable.¹¹¹

Retomando el caso, cabe puntualizar que en el considerando 14° del voto del Dr. Vázquez, el citado ministro desmiente la interpretación del Tribunal en “Ganadera Los Lagos”, señalando algunas deficiencias en la cita de doctrina en la que se apoyara aquel caso, y se explica que en el modelo de control de constitucionalidad estadounidense, la necesidad de que exista petición de parte que lo estimule, resulta un imprescindible contrapeso del principio de la jurisprudencia vinculante, en cuanto la judicatura se ajusta al *stare decisis*. Ello es así, pues en aquel país el efecto expansivo de una sentencia que descalifica por inconstitucional una norma, provoca que tal norma pierda notoriamente su fuerza en toda la Nación, a punto tal que se ha tomado la costumbre de encomendar al Poder Ejecutivo, no aplicar aquel dispositivo legal. Así, si bien no se trata de un mecanismo abrogatorio como lo es en los sistemas de control político continental europeos con las decisiones de los tribunales constitucionales, sí se

¹¹⁰ Resulta claro que este principio no aplica a la investigación de delitos penales cuando los funcionarios toman conocimiento, por el medio que sea de su existencia. También puede darse en procesos de tutelas específicas como menores, por ejemplo, pero que excede notoriamente el marco de derechos disponibles.

¹¹¹ Cabe señalar que algunas constituciones provinciales reservan al poder judicial local el control de constitucionalidad, ya sea por vía originaria o apelada según el caso, aunque no se expiden claramente acerca del ejercicio de esta facultad de oficio. Ver DÍAZ RICCI, Sergio, “Control de constitucionalidad provincial: un modelo difuso con rasgos concentrados”, Revista Jurídica Universidad Austral, Vol. 1, N° 2, diciembre 2020, ps. 531.

puede afirmar que en el common law, por aplicación de la doctrina del precedente, las sentencias, tienen una fuerte onda expansiva.

Este no es un dato menor, pues allí el juez se encuentra encorsetado en las decisiones anteriores que abordan la constitucionalidad de las normas, este límite no existe en nuestro sistema, donde la decisión es solo aplicable al caso, y los mecanismos de modificación de una línea jurisprudencial son mucho más flexibles que en los Estados Unidos. En este aspecto, Rivera y Legarre ha señalado que no hay dudas respecto a que el sistema de control de constitucionalidad estadounidense es de carácter jurisdiccional y difuso con efectos interpartes. Sin embargo, se ha advertido, con razón, que la descripción del sistema de control estadounidense como un sistema con efectos exclusivamente inter partes, peca de simplista, y ello es así, pues tal sistema presenta ciertas características que lo aproximan, en buena medida, a los sistemas con efectos *erga omnes* a la europea. Si la declaración de inconstitucionalidad proviene de la Corte de aquel país, en virtud del *stare decisis* vertical, la norma queda prácticamente inoperativa¹¹².

Aclarado ello, y volviendo al caso, cabe señalar que el Ministro Vázquez entiende que la facultad en análisis trasunta por el adagio *iura novit curia* que impone a los jueces la aplicación del derecho cuando las partes no invocan la norma o lo hacen incorrectamente. Desde este posicionamiento, sostiene que no existe violación al derecho de defensa, 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 (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio).*”. Tal afirmación es coherente.

e.- Finalmente están las disidencias de los dres. Nazareno, Petracchi y Moliné O'Connor. Los primeros con un voto escueto y reiterativo de la doctrina tradicional de la Corte en la línea de “Ganadera Los Lagos”, el último con un voto muy fundado haciendo hincapié en que les está vedado a los jueces invadir la esfera de los otros poderes.

Por momentos se trata de igual modo la declaración de inconstitucionalidad de oficio que la actuación de oficio.

f.- Conclusiones del caso: si bien este precedente es citado en los anales de jurisprudencia como el caso en virtud del cual se permite la declaración de

¹¹² RIVERA, Julio César, y LEGARRE, Santiago, “*Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de oficio en los Estados Unidos y la Argentina*”, en Revista Lecciones y Ensayos, Nro. 86, 2009, ps. 321-350

inconstitucionalidad de oficio de una norma, lo cierto es que adolece de un severo déficit en la conformación de su mayoría. Al menos en lo que hace a su validez como precedente. Hay decisión, y por ende hay fallo, pero la divergencia de fundamentos que sustentan tal decisión no le daría a priori el estatus de precedente.

Así, repárese que aun cuando son seis los ministros que admiten esta posibilidad, no hay identidad –y por ende mayoría- de argumentos. Por un lado los Dres. Fayt, Belluscio, Boggiano y Vázquez apuntan que la declaración de inconstitucionalidad de oficio no implica una violación del derecho de defensa, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por las partes so pretexto de no haber podido los interesados expedirse al respecto (en este tramo se efectúa la cita del precedente “Juzgado de Instrucción Militar N° 50”). Es decir, es un único fundamento para cuatro jueces cuando la mayoría de argumentos exige (exigía de acuerdo a la integración de nueve miembros de la Corte al momento del fallo en comentario) la concurrencia de cinco ministros sobre un total de nueve. Por su parte, los Dres. López y Bossert (y en concurrencia también Boggiano), entienden que no hubo violación al derecho de defensa, pero haciendo pie en que existió una debida sustanciación y la provincia de Corrientes tuvo oportunidad de defenderse.

Esto es, de los seis jueces que admiten el control de oficio, sólo cuatro expresan sus fundamentos de modo idéntico¹¹³. Esto generó de algún modo, zozobra en el operador jurídico de ojo avezado, pues en rigor de verdad la sentencia no constituye un precedente.

A ello, debe sumarse que a partir de 2004 empezó una etapa de recambio en la Corte, lo que también puso dudas sobre la postura sobre el asunto, del tribunal con la nueva integración.

Como dato final cabe señalar que el recurso prosperó, pero porque la Corte vio configurada en la sentencia del Superior Tribunal de Provincia, una infracción a la ley de convertibilidad, cuya constitucionalidad convalidó.

3. El caso “Cabrera”

¹¹³ No son pocos los autores que entienden que no medió mayoría de argumentos en el caso. Por caso vale citar a Alberto Garay o Alberto Bianchi. Ver en GARAY, Alberto F. “Controversia sobre el control de constitucionalidad de oficio”. La Ley 0003/013793 y BIANCHI, Alberto, “Quien ha dicho que el control de oficio está muerto?”, en Jurisprudencia Argentina, 2007-IV-1266.

Si bien como se explicará en el apartado siguiente para la mayoría de la doctrina el caso “Banco Comercial de Finanzas” fue la ratificación de la doctrina “Mill de Pereyra”¹¹⁴, unos meses antes de este fallo, específicamente el 13 de Julio de 2004 la Corte dictó sentencia en los autos “Cabrera, Gerónimo Rafael c/ P.E.N. S/ Amparo”¹¹⁵.

Allí la Cámara rechazó una acción de amparo mediante la cual los actores, plantearon la inconstitucionalidad de la ley 25.561 y los decretos vinculados con la pesificación de depósitos dictados en virtud de dicha normativa, en lo que se denominó vulgarmente “corralito financiero”. Para así decidir el tribunal consideró que el actor había optado voluntariamente por percibir una suma de dinero pesificada de su cuenta de ahorro en dólares, y entabló la demanda reclamando la diferencia de cotización. En tal sentido, y dado que se trató de una opción voluntaria ejercida por el titular de la cuenta, la Cámara rechazó la acción.

La Corte convalidó aquella decisión.

La sentencia tiene un argumento central que es la aceptación voluntaria de sometimiento a un régimen jurídico.

En esta idea, el tribunal expresó: *“que en tal línea de razonamiento, ha sostenido reiteradamente esta Corte que el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, sin expresa reserva, determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional (Fallos: 149:137; 170:12; 175:262; 184:361; 202:284; 205:165; 241:162; 271:183; 279:350; 297:236; 300:147; 304:1180; 316:1802; 322:523; 325:1922, entre muchos otros). También afirmó sobre la base del criterio enunciado en el considerando anterior que las garantías atinentes a la propiedad privada pueden ser renunciadas por los particulares expresa o tácitamente, y que ello sucede cuando el interesado realiza actos que, según sus propias manifestaciones o el significado que se atribuya a su conducta, importan acatamiento de las disposiciones susceptibles de agraviar a dichas garantías (Fallos: 255:216, considerando 3º) o suponen el reconocimiento de la validez de la ley que se pretende impugnar (Fallos: 187:444; 275:235; 279:283 y sus citas). Y, en tal orden de ideas, concluyó en que no puede peticionar y obtener el ejercicio del control judicial de la constitucionalidad de las leyes el particular que antes de la iniciación del juicio renunció al derecho que alega (Fallos: 249:51)”*.

¹¹⁴ AMAYA, op. cit, ps. 258.

¹¹⁵ En fallos 327:2905.

En lo que al presente trabajo interesa, la Corte dejó un entresijo de suma trascendencia para analizar, toda vez que puso un coto a la impugnación y consecuente declaración de inconstitucionalidad en materia de derechos patrimoniales. ¿Cuál fue este límite? el sometimiento voluntario a un régimen, y ¿Qué es el sometimiento voluntario a un régimen? Pareciera ser que no es otra cosa que la declaración de voluntad no condicionada de aceptar la aplicación de un determinado esquema normativo. Es inevitable negar el paralelismo que existe entre ello y la propuesta libre y discrecional del *thema decidendum* o del alcance de una pretensión procesal que hace la parte al entablar una demanda.

Si bien no se trata de una declaración oficiosa, tal como es el objeto del presente, no deja de ser trascendente el temperamento seguido en torno a la disponibilidad de los derechos patrimoniales. Ello es así, pues la normativa en la que el actor basaba su pretensión había sido anteriormente declarada inconstitucional por la Corte en numerosos fallos¹¹⁶, y aun así el Tribunal ponderó que la disponibilidad del derecho era aún más trascendente que la inconstitucionalidad de la norma.

En este sentido la Corte dijo: *“De tal manera, al haber el demandante realizado actos que importaron la liberación del deudor, no puede luego ponerse en oposición a ellos y reclamar una diferencia motivada por la paridad cambiaria por la cual aceptó que se cancelara su depósito, aduciendo la inconstitucionalidad de las normas que establecieron el régimen jurídico de emergencia. Dicho en otros términos, al tratarse de derechos patrimoniales de los cuales su titular puede disponer e incluso, como se señaló, renunciarlos expresa o tácitamente si aceptó el pago de su depósito a la paridad establecida por el art. 2º del decreto 214/02 sin efectuar reserva alguna no puede sustraerse de las consecuencias de dicho acto.”*

Esto es, aun cuando no fue de oficio, la declaración de inconstitucionalidad no es procedente en temas de derechos patrimoniales, si tal pedido fue –como en el caso– materia de renuncia por parte del titular del derecho. Este razonamiento es inexpugnable, y puede ser aplicado al caso de una declaración de inconstitucionalidad, pues bien podría entenderse que quien no formula un planteo expreso de este tipo y decide no valerse de ello para defender su derecho, podría suponerse que está

¹¹⁶ Esto se dió a partir del denominado corralito financiero, con los emblemáticos fallos como: “Smith, Carlos Antonio, Poder Ejecutivo Nacional s/ Amparo”, en fallos 325:28, del 1-2-2002, “Tobar Leónidas c/ Estado Nacional s/ Amparo”, Fallos 352:2059 del 22-8-2002, “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional s/ Amparo”, Fallos 326:417 del 5-3-2003.

renunciando a ejercerlo, o al menos optó por una línea argumental que trasunta por otro andarivel.

Si bien el fallo de la Corte es acertado, hay un sector importante de la doctrina que estima que la decisión constituye un retroceso en el camino hacia la recuperación de un estándar razonable de control de constitucionalidad con relación al derecho de propiedad a partir de los precedentes “Smith” y “San Luis”¹¹⁷. Además, para un gran sector de autores especializados, como es el caso de Gil Domínguez, la aceptación de la pesificación por parte de los ahorristas no fue un acto libre y voluntario, sino una decisión producto de una situación de necesidades urgentes y presionados por la situación¹¹⁸. Más allá de la difícil comprobación de tal circunstancia, que hubiese ameritado ver caso por caso, entendemos que la posición de muchos ahorristas no necesariamente se vio apremiada por las urgencias como podría ser el caso de un trabajador en el marco de una causa laboral, o personas en una situación socialmente vulnerable.

4.- La turbulencia de “Mill de Pereyra” se disipa en “Banco Comercial de Finanzas S.A.”

El precedente de mención fallado el 19 de agosto de 2004 generó un importante impacto, pues significó la convalidación efectiva de que sí se habría producido el cambio de una línea jurisprudencial de sesenta años en la Corte. A través de “Banco Comercial de Finanzas” se disipa la zozobra que de algún modo se generara por la irregular conformación de la mayoría de argumentos en “Mill de Pereyra”, y además se deja en claro que con la composición parcialmente distinta de la Corte no importaba una alteración de la doctrina en cuestión.

Así, cabe señalar que merced a la traumática salida de algunos ministros, y a la parcialmente diferente integración del Tribunal se generó una enorme expectativa sobre si el viraje de timón de “Mill de Pereyra” fue un jalón aislado, o una nueva tendencia. La duda que sobrevolaba en el foro giraba en torno a sí “Mill de Pereyra” había sido un caso solitario y cuasi accidental, o si se trataba de una nueva etapa.

¹¹⁷ BASTERRA, Marcela, “El fallo “Cabrera”. Los vaivenes de nuestro máximo tribunal en busca de un estándar razonable en torno a la protección del derecho de propiedad”, En La Ley, Thomson Reuters, Suplemento de Jurisprudencia Argentina, del 1-9-2004.

¹¹⁸ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Restitución de la diferencia de cambio derivada de la pesificación forzosa”, en La Ley 2003-F-1376.

Cómo se dijo, la incertidumbre culminó con el fallo “Banco Comercial de Finanzas”¹¹⁹ tres años después. Ésta demora, quizás se debió a la inexistencia de una causa propicia en el seno de la Corte, o muy probablemente a la enorme turbulencia que atravesaba el Poder Judicial, tanto por la crisis de 2001 como por el cambio de Gobierno¹²⁰.

En el caso, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, dejó sin efecto una declaración de inconstitucionalidad de oficio del decreto 2075/93, dispuesta por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Bahía Blanca. Esta norma, establecía un privilegio en la posición del Banco Central respecto del resto de los acreedores en las quiebras de entidades financieras; y en lo que acá interesa, ya habría sido declarada inconstitucional por la Corte Federal en el precedente –entre otros– “Banco Sidesa SA”¹²¹.

En su dictamen, el Procurador general, luego de relatar los hechos antecedentes del asunto en los apartados “I” y “II” de dicha pieza, puntualiza que la decisión en crisis era contraria a la doctrina de la Corte por convalidar una norma que según el criterio de ésta era contraria a la Constitución, y agrega que según el criterio del Tribunal la censura constitucional de una norma de manera oficiosa procedía por hallar suficiente sustento en el principio *iura novit curia*, citando para ello “Mill de Pereyra”.

Al arribar el caso a la máxima jurisdicción nacional, el Tribunal hizo lugar al recurso convalidando la declaración de inconstitucionalidad de oficio dispuesta por la Cámara Bahiense.

El fallo en comentario, además de citar las expresiones de los Dres. Fayt y Belluscio en “Juzgado Militar N° 50”, en el considerando 4° sintetiza la nueva línea del siguiente modo: *“Que, además, se consignó que no podía verse en ello la creación de un desequilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella*

¹¹⁹ “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación) s/ Quiebra”, en fallos 327:3117.

¹²⁰ En aquel momento la justicia federal estaba inundada de procesos de amparo por el vulgarmente denominado “corralito financiero”.

¹²¹ En Fallos 320:1386.

menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso (conf. fallo precedentemente citado, consid. 5, Fallos 324:3219, voto del juez Boggiano, consids. 11, 13 y 14, y del juez Vázquez, consids. 15, 16, 17 y 19)". Lo expresado tiene trascendencia pues se concita el voto de los Dres. Vázquez y Boggiano. Así los cuatro votos coincidentes en "Mill de Pereyra" (Fayt, Belluscio, Vázquez y Boggiano) se le suma los dres. Zaffaroni y Higton de Nolasco. Ahora sí, con seis votos, hay mayoría de fundamentos.

Finalmente, cabe señalar que si bien el dr. Petracchi hace lugar al recurso, es por entender que la sentencia es arbitraria.¹²²

"Banco Comercial de Finanzas" despejó toda duda acerca que la Corte en "Mill de Pereyra", efectivamente habría modificado su doctrina permitiendo la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

5.- El caso "Gómez"¹²³

En el presente caso, la demandada mantenía una deuda de dinero con el actor. Una parte de esta deuda era en dólares estadounidenses. El reclamo tuvo acogida favorable en las instancias de grado. En la etapa de liquidación atento a la sanción de la ley 25.820, modificatoria de la ley 25.561 que establecía un mecanismo de pesificación de las deudas, se corre traslado a las partes a sus efectos. El actor, quien ya contaba con una sentencia favorable, señala en términos claros que: *"...manifiesto a V.S. que —sin entrar a considerar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley 25.820- esta parte actora se ve necesitada de encontrar una rápida solución al problema que me fuera causado por el incumplimiento de las demandadas. En efecto, esta demanda lleva prácticamente cuatro años y medio de tramitación y la mora de aquellas se remota a cinco años. En tales condiciones y siendo imperioso percibir el pago de los importes a los que se refiere la sentencia de autos, a fin de poder afrontar compromisos comerciales que me ha ocasionado aquél incumplimiento, vengo por este escrito a solicitar a V.E. se resuelva la única cuestión en grado de apelación (los montos en*

¹²² Inveterada doctrina del tribunal sostiene que lo primero que debe analizarse es el vicio de arbitrariedad, pues estando presente éste no habría sentencia propiamente dicha (ver cons. 2 voto de Petracchi); y el citado ministro entiende que hay arbitrariedad por falta de fundamento (ver cons. 5° y 6°).

¹²³ 329:5903, "Gómez, Carlos Alberto c/ Argencard S.A. s/ ordinario", del 27-12-2006

dólares adeudados) de conformidad con lo prescripto por la citada ley 25.820. Por ello la suma adeudada, originalmente en dólares, por las demandadas consignadas en la sentencia de autos, con más sus intereses (ver sentencia último párrafo de los considerandos), esto último confirmado por esta Segunda Instancia, deberá ser pesificada a enero de 2002 a razón de U\$S 1.- = \$ 1.- y, de allí en adelante, hasta el momento del efectivo pago, deberá aplicarse el Coeficiente de Estabilización de Referencia (C.E.R.) con más los mismos intereses anteriormente indicados...”.

Hay conclusiones por sacar: la frase entre guiones al principio donde se señala que “*sin entrar a considerar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley*”, muestra con claridad que el titular del derecho tuvo oportunidad de efectuar un análisis respecto a si la norma era o no compatible con la Carta Magna. Abordada aquella discusión, y movilizado por la premura en cobrar la deuda, optó por acogerse al mecanismo de la ley y desestimar cualquier otro análisis que pudiese llevar mayor tiempo en hacerse del dinero adeudado.

Esto es, no hubo una accidental falta de consideración acerca de los ribetes de constitucionalidad de la norma, sino antes bien una ponderación en la que el titular del derecho disponible optó por un camino determinado, primando según su conveniencia celeridad en lugar de una mayor suma de dinero. De ello se deduce, y se puede perfectamente afirmar que existió una manifiesta, expresa y voluntaria decisión de desestimar cualquier discusión acerca de la constitucionalidad de la normativa. Pues se da una situación, si se quiere paradójica, en la que la constitucionalidad de la norma perjudica a la parte “en favor” de la que aquella se declara.¹²⁴

No surge de la sentencia, la cantidad de dólares que componían la deuda, pero quizás no llegaba al 10 % de ésta, y en tal caso probablemente para el actor resultaba perjudicial dilatar la cuestión por una suma nimia que no altere radicalmente el monto final a percibir. En fin, como sea, es como si el locador de un inmueble decidiera reclamar al locatario por una menor cantidad de períodos de los que efectivamente se le adeudan, es su dinero, su bien material, y por tanto disponible. Ningún magistrado aumentaría la condena más allá del requerimiento, alegando que el acreedor omitió u olvidó incorporar parte de la deuda. En el caso de autos, esta libre disposición del derecho se da con mayor agudeza, pues el propio actor pondera el beneficio de la

¹²⁴ El perjuicio en esta excepcional situación estaría configurado a criterio de la parte titular del derecho material, en la demora que insumiría la sustanciación del asunto.

premura en hacerse de la suma de dinero por encima de una conversión monetaria que favorable.

No obstante las claras manifestaciones del acreedor, la Cámara declaró la norma inconstitucional y en consecuencia ordenó que se le devuelva al demandante la suma correspondiente en dólares estadounidenses o su equivalente en pesos. Esto fue recurrido por el condenado al pago, y la Corte, como era de prever, hizo lugar al recurso señalando que la declaración de inconstitucionalidad de la norma, violó el principio de congruencia procesal.

Allí, el tribunal sostuvo: *“El vicio de incongruencia es, pues, notorio. Y, ciertamente, a contrario de lo pretendido por el actor a fs. 1002 vta/1004, ese defecto no se supera ni siquiera frente a la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la constitucionalidad de las leyes, pues tal facultad en ningún caso podría conducir a dictar sentencias violatorias del principio de congruencia, tanto más si se pondera que con la inconstitucionalidad declarada en autos se llega a un resultado económico más amplio que el pretendido por aquél. 7) Que no es inapropiado recordar que el principio de congruencia, como expresión del derecho de propiedad y de la defensa en juicio, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso esté orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos; de ahí que lo esencial en que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según la ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales —sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias— (Fallos: 315:106).*

Esta es en definitiva, la clave del asunto: la declaración oficiosa de inconstitucionalidad alteró indebidamente la pretensión del actor.

La pregunta que subyace el caso es: ¿Con qué fundamento jurídico se puede obligar a la demandada a abonar más de lo reclamado?, o dicho de otro modo ¿Porque el reclamante debería verse beneficiado en mayor medida que la que reclamó?

En el ejemplo dado de la relación locador-locatario, sería como si el juez reconociese que éste último adeuda diez períodos y no los ocho que fueron reclamados por el locador, y dictase una sentencia en consecuencia.

Con buen criterio el tribunal entiende que el derecho de propiedad es un derecho esencialmente disponible y que la magistratura no puede avasallar la libertad de

disposición del mismo, aun bajo la premisa que titular del derecho cede en su pretensión de reclamo aceptando las disposiciones de una norma contraria a la Constitución.

Según Gelli, la regla de elaborada por el tribunal sería: *“las expresas manifestaciones de una de las partes aceptando la norma cuya inconstitucionalidad se declaró en su favor, impide mantener esa inconstitucionalidad sin violar el principio de congruencia y de defensa de la otra parte y ello aunque el tribunal de grado haya emitido un precedente en aquel sentido”*. La distinguida autora prosigue diciendo que comparte lo resuelto por la Corte, pues a más del principio de congruencia que preserva el derecho de las partes a la defensa, resguarda el papel institucional de los tribunales que no deben exceder la jurisdicción, desconociendo la identidad de lo peticionado¹²⁵.

6.- La ratificación de “Gómez” llega en “Strangio” del año 2009.

En el caso “Strangio, Domingo c/ Cattorini Hnos. S.A.C.I.F. s/ accidente” del 12 de mayo de 2009¹²⁶, la Corte de la Provincia de Buenos Aires ratifica una decisión del tribunal del trabajo que rechaza la excepción de incompetencia interpuesta por la accionada, y a la vez declara inconstitucional los artículos de la Ley de Riesgos del Trabajo que fijan la intervención obligada de las comisiones médicas y la jurisdicción federal para los reclamos vinculados a accidentes laborales. La norma ya había sido declarada inconstitucional en el precedente “Castillo” (327:3610) de la Corte Federal.

El máximo tribunal nacional hace lugar parcialmente al recurso interpuesto por la demandada, critica el obrar de su par provincial señalando que: *“...el a quo confirmó la decisión recurrida "en cuanto declaró la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la ley 24.557", con lo cual incurrió en un apartamiento del principio de congruencia, ya que el tribunal de grado no se pronunció acerca de la validez constitucional de las normas mencionadas. Tal defecto no se supera ni siquiera frente a la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, pues esa facultad no los habilita a dictar sentencias que transgredan aquel principio (causa G.396.XLI. "Gómez, Carlos Alberto c/ Argencard S.A. y otro s/ ordinario", sentencia del 27 de diciembre de 2006 (Fallos: 329:5903), lo cual impone la descalificación del fallo en el aspecto señalado (conf. F.72.XLI "Fossati, Pablo Alfredo y otro c/ Banco Bansud S.A. s/ despido", sentencia del 4 de septiembre de 2007, Fallos: 330:3787).”*

¹²⁵ GELLI, Angélica, “Control...”, cit.

¹²⁶ En fallos 332:1078.

No obstante lo anterior, dada la invariable doctrina al respecto deja en pie lo relacionado con la inconstitucionalidad del artículo 46 de la ley que fija la jurisdicción federal, y deja “*sin efecto en lo referente a la invalidez constitucional de los arts. 21 y 22*” de la ley 24.557.

Esta sentencia adquiere particular trascendencia pues aquí la propia Corte explicita cuál es el holding del caso “Gómez”, que podría sintetizarse del siguiente modo: la declaración de inconstitucionalidad de oficio, no habilita a los jueces a alterar el principio de congruencia modificando con dicha declaración las pretensiones originales de las partes.

La línea de “Gómez”, continuada en “Strangio” pareciera tener una doble faceta de análisis: i. un primer tramo resumible en la pregunta “¿Qué es lo pedido por las partes, y qué es lo que conforma la pretensión?”, y ii. una segunda fase vinculada a la anterior que debe responder a la pregunta “¿Puede el juez válidamente alterar de oficio la pretensión?”.

Bajo estos ribetes de análisis, la alteración de oficio de la pretensión constituiría esencialmente otorgar más allá de lo pedido, o dar otra a cambio de lo requerido (condenar a algo diferente a lo que se solicitó). El entramado de la cuestión radica en determinar si los magistrados, cuando estas preguntas están atravesadas por la inconstitucionalidad de una norma, tienen la atribución de modificar la demarcación de la litis y eventualmente, con ello, desbalancear o desequilibrar el proceso.

Tanto en “Gómez”, como en el presente caso, pareciera que la Corte ha puesto un coto al alcance de esta potestad¹²⁷.

7.- El caso “Soria” sigue la línea de “Gómez”

El 7 de septiembre de 2010, la Corte falla el caso “Soria”¹²⁸, y revoca una sentencia de la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Ciudad de Buenos Aires. Ésta había a su vez modificado una sentencia de primera instancia que -según la Cámara- declaró de oficio la inconstitucionalidad del artículo 245 de la L.C.T.

¹²⁷ En Palabras de Amaya, acá la Corte sin decirlo, reafirma el principio de control de constitucionalidad vinculado con su examen estricto. AMAYA, Jorge Alejandro, “*La congruencia interna de la sentencia y el control de constitucionalidad*”, La Ley digital, AR/DOC/3742/2009.

¹²⁸ 333:1723, “Soria, Carlos Alberto c/ Provincia Aseguradora de Riesgos de Trabajo”

El argumento del Tribunal radicaba en la improcedencia oficiosa de esta atribución en los procesos que involucran cuestiones de derecho privado de sustancia patrimonial.

La Corte, deja sin efecto tal decisión expresando en los considerandos 5° y 6°: *“Que en ese sentido, cabe observar que la apreciación del a quo acerca de que la declaración de inconstitucionalidad del art. 245 de la ley de contrato de trabajo formulada por la magistrada de primera instancia tuvo lugar "de oficio" no se ajusta a las constancias de la causa las que dan cuenta de que el punto constitucional ha sido objeto de un oportuno debate entre las partes. En efecto, como advierte la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, al demandar, el actor calculó la indemnización por despido prevista en la norma mencionada con prescindencia del tope establecido (fs. 7 vta.). Ello motivó que, al replicar la acción, la demandada rechazase el ítem pretendido con base en diversos precedentes en los que esta Corte había sostenido la "constitucionalidad" de ese límite indemnizatorio (fs. 175 vta./176 vta.). 6°) Que, trabada la contienda con los alcances descriptos, es indiscutible que la cuestión constitucional emergió enmarcada precisamente de la confrontación de los argumentos oportunamente expuestos por los litigantes y, en particular, del razonamiento defensivo esbozado por la propia demandada. Ello implicó que, al momento de sentenciar, la juzgadora se encontrase plenamente habilitada para efectuar el examen del precepto legal involucrado a la luz de las pautas constitucionales y, especialmente, de conformidad con los nuevos lineamientos trazados por este Tribunal en la causa "Vizzoti" (Fallos: 327:3677) sin que quepa atribuir a esa actuación carácter "oficioso", como lo hizo la cámara.”*

¿Qué es lo que dijo la Corte? ¿Convalidó la declaración oficiosa de inconstitucionalidad?

La realidad es que el Alto Tribunal Federal entra al asunto por la vía de la arbitrariedad, es decir analiza un yerro de hecho, que radica en la errónea apreciación, delimitación y lectura que hace la Cámara de la traba de la litis.

La Corte no afirma ni niega que un tribunal pueda proceder a la declaración de oficio, sólo se limita a decir que la cuestión sí estaba planteada y por ende estaba abierta la jurisdicción para pronunciarse al respecto. Esto es lo que dice cuando sostiene *“la juzgadora se encontraba plenamente habilitada para efectuar el examen del precepto legal involucrado”*. Implícitamente parece estar afirmando que de no haberse

sustanciado la cuestión constitucional entre las partes, el órgano no estaría “plenamente habilitado” para abordar de oficio la cuestión constitucional.

Cabe preguntarse entonces, si el Tribunal admite (o al menos lo admitía al momento de fallar el presente caso) sin cortapisa la declaración de inconstitucionalidad de oficio ¿Qué necesidad tendría de ponderar que hubo una debida sustanciación del tema, y que ello “habilita” al magistrado a expedirse? Hubiere resultado más simple y consistente revocar la sentencia de la Cámara de Apelación del Trabajo, afirmando lisa y llanamente que lo jueces pueden oficiosamente declarar inconstitucional una norma, y reeditar el considerando 4° de “Banco Comercial de Finanzas”.

8.- El caso “Vega” y la definición acerca del correcto encuadre del planteo de inconstitucionalidad.

Se podría pensar que el precedente que da el título a este acápite¹²⁹ no guarda vinculación con el presente trabajo, pues no media en el caso un análisis de constitucionalidad de oficio. No obstante ello, éste resulta de singular trascendencia debido a que aquí la Corte define con meridiana claridad cómo debe ser el planteo de inconstitucionalidad, y más importante aun: deja sentado que debe existir este planteo.

En el caso, el actor es un Diputado Nacional por la Provincia de Córdoba y articula una acción de amparo solicitando la declaración de inconstitucionalidad del artículo 16 apartado “a” de la ley 22.192 que regula el ejercicio de la abogacía en territorios nacionales y en el ámbito de la jurisdicción federal.

Dicha norma prevé que: *“no pueden ejercer la profesión de abogados, por incompatibilidad: a) el presidente y vicepresidente de la Nación, los ministros, secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo Nacional, el procurador del Tesoro de la Nación, los diputados y senadores nacionales, el intendente municipal y los secretarios de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires;”*.

El eje argumental de la pretensión radicaba en que la ley 23.187, que regulaba el ejercicio de la profesión de Abogado en la Capital Federal -el año de su sanción fue 1985, y no existía la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como tal¹³⁰-, sólo impide a los diputados ejercer la abogacía en causas judiciales y gestiones administrativas en las que cualquier particular pueda tener intereses contrapuestos con los del Estado Nacional.

¹²⁹ 335:1189, “Vega, Juan Carlos c/ Estado Nacional PEN s/ amparo”, del 26-6-2012.

¹³⁰ Cabe recordar que la C.A.B.A. tal como se conoce hoy, merece su entidad y estatus gracias a la reforma constitucional de 1994.

Específicamente la norma dice que no podrán ejercer la profesión de abogados en la Capital Federal, por incompatibilidad *“los legisladores nacionales y concejales de la Capital Federal, mientras dure el ejercicio de su mandato, en causas judiciales y gestiones de carácter administrativo, en que particulares tengan intereses encontrados con el Estado nacional, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, sus respectivos entes autárquicos y/o empresas del Estado, excepto en las causas penales y correccionales”*.

En tal marco, el actor adujo que la norma citada en primer término violentaba la garantía de igualdad ante la ley, y que la coexistencia de dos regímenes diferentes constituía una discriminación arbitraria para los diputados nacionales del interior del país, porque éstos estaban impedidos de ejercer su profesión de abogados en los tribunales federales del interior, mientras que sus pares elegidos en la Capital Federal¹³¹ si lo podrían hacer.

Tanto el juez de grado como la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba hicieron lugar a la pretensión del actor, lo que fue recurrido por el Estado Nacional vencido.

En su dictamen, el Procuración General de la Nación, encuadra correctamente la cuestión y pone en evidencia que la pretensión no había sido debidamente planteada. Lo dicho por el representante del Ministerio Público es correcto, el planteo contiene un yerro en su enfoque y en el modo en que se encuadra la subsunción de los antecedentes de hecho y la norma.

Allí, se expresó: *“En primer término, considero que asiste razón a esta última parte [en relación al agravio expuesto por el Estado Nacional] cuando afirma que no se dispensa un trato diferente entre los diputados nacionales por la Capital Federal y los del interior del país. En efecto, las normas que regulan el ejercicio de la Abogacía con sus incompatibilidades se aplican por igual a todos los diputados nacionales cualquiera sea el lugar de origen de su elección. En efecto, según la ley 22.192, ningún diputado nacional puede ejercer la profesión de abogado ante los tribunales federales con asiento en las provincias pero sí lo pueden hacer en la Capital Federal, porque así lo dispone la ley 23.187. No obstante ello, entiendo que de todas formas se ajusta a derecho la sentencia de la cámara cuya revisión ahora se pretende, toda vez que la previsión del arto 16, inc. a), de la ley 22.192, en cuanto impide a aquellos legisladores*

¹³¹ La denominación “Capital Federal” es utilizada para formular los términos de la ley, pero debe entenderse C.A.B.A, conforme la reforma del año 1994.

nacionales ejercer su profesión ante los tribunales federales del interior del país, atenta contra las garantías constitucionales.”.

Luego de plantear el caso, prosiguió explicando que la norma es inconstitucional por cuanto violenta la garantía de igualdad y además la restricción impuesta no supera el estándar de razonabilidad del artículo 28 de la Constitución Nacional.

Esto último, más allá de su manifiesto acierto no es lo que reviste interés, por el contrario, lo que sí interesa son los tres párrafos transcritos en los cuales el Procurador estructura correctamente la cuestión controvertida.

Allí, el mentado funcionario señala que la legislación en crisis, no traza una diferencia entre los diputados nacionales elegidos por la Capital Federal y aquellos elegidos por las provincias, sino que la distinción radicaría en el lugar donde cada diputado nacional -con prescindencia de donde fue elegido- decida litigar. Es decir, el diputado nacional elegido por la provincia de Corrientes (sólo por dar un ejemplo), no podrá ejercer la noble profesión de abogado en ningún lugar del territorio argentino, a excepción de la Capital Federal, donde sólo tiene la restricción de no intervenir en asuntos contrarios a los intereses del Estado Nacional o la Municipalidad. Lo propio ocurre con el diputado nacional elegido por la Capital Federal, quien podrá litigar con idénticas interdicciones en aquel distrito, pero estará impedido de hacerlo en los tribunales federales radicados en provincia. Esto es lo que refiere el dictamen de la P.G. cuando señala que: *“En efecto, según la ley 22.192, ningún diputado nacional puede ejercer la profesión de abogado ante los tribunales federales con asiento en las provincias pero sí lo pueden hacer en la Capital Federal, porque así lo dispone la ley 23.187”.*

No obstante, y dado que la ley resulta igualmente inconstitucional, la Procuración propicia confirmar la sentencia apelada.

Hasta aquí podría decirse que el actor invoca un caso constitucional, y que si bien esquemáticamente está mal planteado, para el Ministerio Público sería procedente pues, aunque por otras variables, la norma es inconstitucional y por ello propicia su censura.

Un año y cuatro meses después, la Corte Suprema analizó el encuadre propuesto con mayor rigurosidad, rechaza la pretensión.

En el considerando 3° de la sentencia, el Tribunal con precisión quirúrgica señala: “*Que no obstante lo expresado precedentemente, el adecuado tratamiento de la cuestión ventilada en este proceso exige una precisa determinación del inequívoco alcance asignado por el peticionario a su pretensión declarativa de inconstitucionalidad, en orden a las circunstancias que -en la comprensión del demandante- resultaban constitutivas de la patente afectación del principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional a que daban lugar las disposiciones infraconstitucionales tachadas de invalidas.*”

En este párrafo hay varias cuestiones que indican que el Tribunal abordará debidamente el tratamiento del asunto. Así, la “*precisa determinación*” implica de algún modo separar específicamente cual es el pedido de inconstitucionalidad y en que se basa. Pues aun existiendo este pedido, si el argumento que lo sostiene es errado, no podría hacerse lugar a la declaración de inconstitucionalidad, aun cuando existiesen otros motivos por los cuales el precepto legal fuese contrario a la Carta Magna.

Lo propio acontece con la frase “*inequívoco alcance asignado*”, pues allí el actor pretende estar en un pie de igualdad con sus pares elegidos en el distrito de la Capital Federal. Es esta, a criterio de la Corte su pretensión, mejor dicho, es el “*inequívoco alcance*” de dicha pretensión. Y en rigor de verdad y tal como se dijo, el señor Vega efectivamente está en el pie de igualdad que reclama, con el resto de sus pares los demás diputados de la Nación, pues al igual que éstos, aun con los elegidos por la Capital Federal, el demandante puede litigar en aquel distrito (con las restricciones indicadas), y no lo puede hacer en los tribunales federales con asiento en las provincias.

Dicho de otro modo, tampoco podrían litigar en el interior los legisladores por la C.A.B.A.

Bajo estas premisas el demandante configuró el pedido de inconstitucionalidad. El actor, adujo estar en desventaja, en desequilibrio y en un estado de discriminación en relación con los legisladores del distrito capital, y merced a esta situación fáctica alegó que la norma es violatoria de la Constitución Federal por quebrantar la garantía del artículo 16. Ahora bien, no comprobada esta situación fáctica, la declaración de inconstitucionalidad no procede, aun cuando por otros motivos (tal como lo señala la Procuración General), la norma sea inconstitucional.

Esto es lo que señala el Tribunal en el párrafo siguiente al decir que “...la *connatural amplitud interpretativa con que cuenta el Tribunal para desentrañar el contenido de las normas aplicables, según lo recordado en el considerando precedente, reconoce como límite insoslayable el punto constitucional expresamente planteado por el peticionario para construir el caso contencioso exigido por el mencionado art. 116 de la Constitución Nacional y por el art. 2º de la ley 27, en el cual el peticionario persigue obtener el amparo de un interés jurídico personal, inmediato o directo (Fallos: 330:3109, y sus citas)*”.

En el considerando 4º transcribe los términos en que fue planteada la pretensión, y lo que a la postre será la causa del rechazo de ésta. Así, dice que: “...corresponde subrayar que en el escrito de demanda Juan Carlos Vega, en su condición de abogado matriculado en sede federal y diputado nacional por la provincia de Córdoba, postuló como presupuesto fáctico de su demanda “...la presencia de una manifiesta desigualdad ante la ley...en cuanto a que los Diputados de la Nación de profesión abogados, tienen regímenes diferentes en materia de incompatibilidades profesional según sea su distrito de origen...[afirmó] en la actualidad existe una la Argentina un doble régimen de incompatibilidades para abogados Diputados y Senadores en materia ejercicio profesional”. Indica que “...de manera alguna es objeto de esta acción de amparo pedir el libre ejercicio profesional (...) en el fuero federal...”, y prosiguió transcribiendo el tribunal “...el amparo busca que el Abogado -Diputado Nacional por el Distrito Córdoba- tenga el mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones para el ejercicio profesional de la abogacía que fija la ley 23.187 para los Diputados Nacionales -abogados- de la Capital Federal”.

Así descripto, para la Corte es ese el exclusivo punto constitucional puesto bajo análisis en el caso, y hasta allí queda ceñida la actividad jurisdiccional. Por ello estima que la inconstitucionalidad planteada falla en su “matriz conceptual”.

Concluye, tal como se señaló antes, que las normas en cuestión no prevén un distinto tratamiento para los legisladores nacionales elegidos en jurisdicción provincial respecto de los de la Capital Federal, y sintetiza el decisorio en la siguiente frase: “La premisa constitutiva de la pretensión invocada por el demandante no hace pie en la cláusula normativa que sostiene la tacha de invalidez de la ley 22.192, ya que todos los abogados que sean electos diputados nacionales, del distrito que fuese, están sometidos al mismo régimen de incompatibilidades para ejercer aquella profesión en la Capital

Federal”, y tal como se anticipara, determinó que no hay distinción entre los diputados, independientemente de la jurisdicción por la que hayan sido elegidos, para ejercer la profesión de abogado. El Tribunal, a diferencia de la Procuración, no analizó la inconstitucionalidad de la norma.

Cabe reiterar, que si bien no se trató de una declaración de inconstitucionalidad de oficio, resulta por demás trascendente a los fines del presente trabajo que el Tribunal delimitó: i. el alcance que debe tener la pretensión de inconstitucionalidad, y ii. que la jurisdicción de la propia Corte queda encorsetada en la medida de aquel planteo.

Esto, *a priori*, puede parecer contradictorio con cierta flexibilidad que venía manteniendo la Corte al abordar estas cuestiones, pues de un lado habría una laxitud relativa al tratar la potestad de los jueces de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas, y del otro se analiza el alcance del planteo con bastante rigor.

La aludida contradicción se configuraría pues mientras el tribunal entendió en “Vega” que no estaba abierta su jurisdicción para analizar la constitucionalidad de la ley 22.192, porque el planteo estaba mal efectuado, no halló valladar alguno para considerar la constitucionalidad de la ley 21.526 y su decreto reglamentario en “Banco Comercial de Finanzas”, sin planteo alguno de la parte, y tampoco entendió ilegítimo el análisis de constitucionalidad que efectuó la instancia inferior de la ley 23.928 en “Mill de Pereyra”.

Cabría preguntarse entonces, qué hubiese pasado en el caso si el objeto de la pretensión hubiese sido “ejercer la abogacía para los diputados nacionales, en todo el territorio de la Nación, de igual modo y con las mismas restricciones que en la Capital Federal, según la ley 23.187”, y esto sin incorporar planteo de inconstitucionalidad alguno. La Corte, ¿Hubiese podido declarar de oficio inconstitucional la ley 22.192?

Pareciera pues, que está en una mejor posición quien no hizo un planteo de inconstitucionalidad, que quien lo efectuó de manera errática.

La correcta delimitación de cómo debe ser el planteo constitucional que hace el Tribunal en el presente caso, desnuda cierta falencia o generosidad desmedida que pudo haber existido en los precedentes “Mill de Pereyra” y “Banco comercial de Finanzas”. Ello por cuanto, lo que queda claro en “Vega”, es que la única manera de que proceda la declaración de inconstitucionalidad es mediante la apertura de jurisdicción a través de un planteo atingente, preciso y adecuado, al menos en materia de derechos disponibles.

Repárese que enfáticamente la Corte se abstiene de analizar la norma -tachada de inconstitucional en el dictamen de la Procuración- por fuera del planteo de la parte.

Para finalizar solo resta hacer una aclaración: en el presente caso, una eventual condena no hubiese generado un perjuicio económico al eventual perdedor del pleito. No es un caso de un típico derecho patrimonial en perjuicio de alguien como se configurara en los casos “Cabrera” o el que se se analizará seguidamente, “Rodríguez Pereyra”; pero evidentemente si es un caso en el que la Corte encontró tierra fértil para expresar cómo se debe hacer un planteo de inconstitucionalidad.

9.- Un viraje generoso hacia el control de Constitucionalidad. El caso “Rodríguez Pereyra” de 2012

Escasos meses después de “Vega” la Corte Federal falla en “Rodríguez, Pereyra Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios”, del 27 de noviembre de 2012¹³², donde se abandonan -de un modo inconveniente por cierto- algunas líneas trazadas con claridad en “Vega” del mes de junio de aquel año.

El caso se trataba de una lesión padecida por un conscripto del Ejército Argentino, que habiendo sufrido un accidente, que le generara un importante grado de incapacidad, demandó por daños y perjuicios a la Nación. Al respecto la ley especial para el personal Militar Nro. 19.101, fijaba una indemnización por accidente, que, si bien no era estrictamente tarifada, estaba sujeta a un tope.

Tanto en la primera instancia como en Cámara, dicha norma fue inaplicada sin ser declarada inconstitucional. Para ello los órganos de grado siguieron la doctrina sentada por la Corte Federal en el fallo “Aquino”¹³³. En dicho precedente el Alto Tribunal estableció que la indemnización tarifada resultaba irrazonable si no alcanzaba a cubrir los efectos dañosos del infortunio laboral. Bajo tal esquema, la Cámara interviniente en “Rodríguez Pereyra” sostuvo que ésta era la línea pretoriana a seguir, y echando mano a la ley civil procuró una indemnización integral.

Hay dos aclaraciones previas en torno al caso que merecen una particular atención. La primera de ellas es que, aun cuando en el precedente “Aquino” la cuestión central giraba en torno a la reparación integral por daño causado en un accidente, el vínculo que unía a las partes era de naturaleza laboral entre un trabajador y un

¹³² Fallos 335:2333.

¹³³ Fallos 327:3753.

empleador privado, mientras que en “Rodríguez Pereyra” se trataba de una relación entre el Estado Nacional y personal militar enmarcada en la propia y particular naturaleza de la prestación de una actividad castrense. De la mano de ello, bien pudo aplicarse el precedente “Bertinotti”¹³⁴ que en rigor cuadraba más como antecedente de “Rodríguez Pereyra” que el mencionado fallo “Aquino”, pues en el citado caso “Bertinotti” la Corte habría convalidado en el año 1992 la constitucionalidad de la ley 19.101 en cuanto establecía una indemnización tarifada al personal militar.

La segunda cuestión es que, siendo que la Cámara no habría declarado inconstitucional la norma, sino que sólo la inaplicó, cabe preguntarse como lo destaca Gelli *“si para llegar al mismo resultado y reconocer la indemnización común y más favorable por los daños sufridos por el soldado conscripto, la Corte Suprema debía declarar -como lo hizo- insoslayablemente la inconstitucionalidad de oficio en el caso “Rodríguez Pereyra”. Si acaso y manteniendo la decisión de fondo, no correspondía emplear una vez más la reiterada regla en virtud de la cual el control de constitucionalidad -sea a petición de parte o de oficio- es la última ratio del ordenamiento jurídico sostenido en la división de poderes”*¹³⁵. Lo dicho por la prestigiosa autora, invita a pensar que la Corte quiso expresamente decir lo que dijo, aun cuando no era necesario para la decisión del caso, que bien pudo ser ratificada sin expresar tales consideraciones.

Hechas estas dos estas salvedades, en el caso en análisis la Corte abre el recurso extraordinario federal contra la sentencia que condenaba al Estado, en la inteligencia que habría una cuestión federal suficiente por haber sido objetada la interpretación de una norma federal (Cons. 4°).

Entiende además, ya en el considerando 5°, que resulta aplicable el régimen especial sobre el general, por imperio de la máxima *lex specialis derogat lex generalis* en la medida en que medie incompatibilidad entre lo que unas y otras establecen.

El punto de partida para el razonamiento que urdirá posteriormente está expresado en el párrafo final del citado considerando. Allí sostiene: *“Ahora bien, como se desprende de los elementos obrantes en las actuaciones, la aplicación del referido régimen especial otorga al accidentado un resarcimiento sustancialmente inferior al que ha sido admitido sobre la base de los parámetros establecidos en el derecho común. Sin embargo, en el caso, dicho sistema no ha sido impugnado*

¹³⁴ Fallos 327:2207.

¹³⁵ GELLI, María A. *“La declaración de inconstitucionalidad...”* cit.

constitucionalmente". De tal afirmación se desprenden dos conclusiones: i. bajo el derecho común la indemnización era superior y ii. No hubo planteo de parte requiriendo la inconstitucionalidad. De hecho, como se mencionó antes, ni siquiera la norma habría sido declarada inconstitucional en las instancias de grado.

En los considerandos 6° y 7° reivindica la potestad de la Corte de ejercer el control de constitucionalidad, aunque sin mencionar si éste debe ser a pedido de parte o de oficio.

Para fundar este aserto, entre los considerandos 8° y 9° cita los casos "Casado"¹³⁶, "Viuda de Elortondo"¹³⁷ y "Sojo"¹³⁸, pero lo cierto es que tanto en el primero como en el último de estos precedentes no hay una declaración de inconstitucionalidad de ninguna norma, con lo que se puede colegir que, al menos éstos, no resultarían *a priori* antecedentes adecuados por falta de identidad con "Rodríguez Pereyra"¹³⁹.

Luego, ya en el considerando 10 de la sentencia recuerda, que la petición de parte para declaración de inconstitucionalidad "*resulta un aditamento pretoriano*" establecido a partir de "Ganadera Los Lagos", y en el considerando siguiente expresa que: "*Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" que importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (considerando 20).*"

Tal ensamble no es correcto. Pareciera ser que la Corte señala que en "Ganadera Los Lagos" la requisitoria de parte a los efectos de declarar la inconstitucionalidad de la norma, que era una exigencia de naturaleza pretoriana, era constitucionalmente válida, pero que esta situación varió por la incorporación del

¹³⁶ Fallos 23:37.

¹³⁷ Fallos 33:162.

¹³⁸ Fallos 32:10.

¹³⁹ Al respecto se recomienda el análisis que hace Gelli en torno a esta cuestión, en GELLI, María A. "*La declaración de inconstitucionalidad...*", cit.

derecho internacional a través de los tratados enumerados en el art. 75 inc. 22. Ello no es así. La incorporación de los textos internacionales a partir de 1994, añade un plexo complementario de derechos, que no derogan artículo alguno de la Constitución, pero que en modo alguno tiene impacto en la cuestión referida a si la declaración de inconstitucionalidad debe ser oficiosa o no. La posibilidad de ejercer esta potestad por parte de los jueces está incólume en el bloque federal actual (aun con los tratados internacionales de D.D.H.H.), de igual modo que lo estaba antes de la reforma constitucional de 1994. En esta reforma no se modificó el régimen jurídico de modo tal que los magistrados asumieron un rol distinto frente a la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

La frase utilizada por el Tribunal es desafortunada. En “Mill de Pereyra” y “Banco Comercial de Finanzas”, no se hace alusión alguna al respecto, y el ingreso del derecho internacional al sistema argentino, que la Corte reconoció a partir de “Mazzeo”¹⁴⁰. Además, aun cuando el ordenamiento exigiera un planteo de parte para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, no pareciera que ello sería contrario al sistema internacional de derechos humanos.

Para más, la Corte en el caso “Mazzeo” hace tal afirmación para explicar que los tratados internacionales, en particular los referidos a derechos humanos tienen una jerarquía superior a las leyes, o al ordenamiento local interno. Recuérdese que en aquel caso, se intentaba desbaratar la situación de libertad consolidada de los represores de la última dictadura militar por aplicación de los principios de ley más benigna, prescripción y otros institutos del Código Penal.

Esta afirmación, que cabe reiterar no guarda vinculación con el control de constitucionalidad de oficio, sino con el lugar de los tratados internacionales respecto de las leyes, se concatena de modo errado con el considerando 12° del fallo. Allí se pone de relieve la obligación de los tribunales locales de efectuar el control de convencionalidad de oficio, en los términos del precedente de la C.I.D.H. “Almonacid Arellano” del 26 de septiembre de 2006. Específicamente en aquel considerando se hace alusión a que tal sistema de control, conforme el caso “Trabajadores Cesados del Congreso c/ Perú”, del 24 de noviembre de 2006, debe ser realizado *ex officio*.

¹⁴⁰ En rigor técnico, la Corte tiene una saga inicial, conformada por los casos “Arancibia Clavel”, “Mazzeo” y “Simon”, que es la que reconoce cabalmente la aplicación del *Ius cogens*, particularmente el derecho internacional de los derechos humanos en el sistema argentino. El fallo “Mazzeo”, se encuentra en la Colección de Fallos de la Corte, en el tomo 330, ps. 3248.

Luego la Corte señala que el control de convencionalidad del que habla la CIDH, no sólo abarca la Convención, sino también la interpretación que de dicho instrumento haga la Corte Interamericana”.

El último párrafo del considerando en análisis expresa que: *“La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar. examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.”*

Esta afirmación es al menos genérica y confusa. En primer lugar, y si bien no ha sido expresado en detalle por la Corte, el control de convencionalidad es una segunda fase de análisis que necesariamente debe estar precedida por el control de constitucionalidad. El primer plexo normativo, que da validez al sistema internacional es la Constitución Nacional¹⁴¹.

Por otra parte, cabe señalar que los derechos expresados en la Convención Americana, ocupan el lugar que ocupan porque el constituyente argentino así lo ha decidido y lo ha plasmado a través del texto constitucional.

Y ¿Por qué establecer tal diferenciación es importante?, porque para una correcta aplicación del derecho y solución del litigio, necesariamente se debe delimitar el caso, los hechos, las circunstancias atinentes, y el derecho aplicable. Parecería ser que a la luz de la doctrina “Rodríguez Pereyra” derecho de propiedad reconocido en el artículo 17 de la Constitución es uno, cuyo intérprete final es la Corte Federal; mientras

¹⁴¹ Al respecto, cabe recordar las palabras de Fernando Barroso, citado por Bidart Campos, quien decía que: *“La supremacía no implica necesariamente que la constitución deba ser la norma superior jerárquica, o lo que es lo mismo, que deba ocupar el vértice de la pirámide jurídica, porque es posible que, más allá del juicio sobre su conveniencia, una constitución suprema decida por sí misma ceder su natural y consabido lugar preferencial a otro tipo de normas jurídicas- por ejemplo internacionales”*, esto sería lo que sucedería en los tratados de integración del artículo 75 inciso 24, donde se prevé la cesión, en condiciones de reciprocidad e igualdad, de ciertas facultades.

A esto, Bidart Campos agrega: *“lo que entonces y en este caso significa la supremacía es esto: la constitución retiene su supremacía porque como fuente primaria y fundante establece las gradaciones del orden jurídico estatal y el plano en que se sitúa ella misma, y las demás normas. Para el caos de la reforma de 1994, la constitución no ha cedido su cúspide a los instrumentos señalados en el inciso 22, pero los ha colocado en ella, aunque sin hacerlos formar parte de su texto”*. BIDART CAMPOS, Germán José, *Tratado elemental de del derecho constitucional argentino*, Ediar, Año 2000., T I A, ps. 411.

que el derecho de propiedad reconocido en el artículo 21 de la CADH es otro, cuyo intérprete final en este caso es la CIDH. Esto no es, ni puede ser así. El derecho de propiedad es uno, y si una norma es violatoria del mismo, debe ser privada de sus efectos para el caso concreto por ser contraria a la Constitución Nacional. No podría darse válidamente el caso que la norma reglamentaria de la propiedad sea conforme a la Constitución Nacional, y contraria a la CADH. En el caso de derechos que estén reconocidos en ambos instrumentos, el primer tamiz debe ser el de la Constitución, que es la norma superior, que da validez a los instrumentos internacionales que son complementarios de ésta y no derogan artículo alguno de su texto.

No hay dos derechos al debido proceso, ni dos derechos de libertad de expresión, ni dos garantías de igualdad. Entenderlo de este modo implicaría desconocer el principio de supremacía constitucional sobre el cual se asienta el sistema. Al respecto, cabe afirmar siguiendo a Rosatti, que la reforma constitucional de 1994 no autoriza a hablar de un control de convencionalidad por fuera del control de constitucionalidad.¹⁴²

Esto, claro está, se da en el caso de derechos reconocidos expresamente en ambos instrumentos, pues repárese que la enumeración de la CADH, es más detallada, específica, generosa y explícita que la Constitución Nacional. Obsérvese los casos del derecho a la vida (art. 4)¹⁴³, o las garantías judiciales (art. 8)¹⁴⁴, mientras que los derechos no contemplados en la Carta Magna federal, regiría directamente el texto internacional como son el derecho de réplica (art. 14), derecho al nombre (18) derecho a la nacionalidad (art. 20); y la enumeración mucho más acabada y completa de derechos en ambos plexos, como.

A la luz de ello, y volviendo al precedente “Rodríguez Pereyra”, surge con claridad que los hechos del caso, no justifican la cita del control de convencionalidad *ex officio* en los términos de la jurisprudencia de la CIDH.

¹⁴² ROSATTI, Horacio, *El llamado “control de convencionalidad” y el “control de Constitucionalidad” en la Argentina*, La Ley 2012-A-911.

¹⁴³ Si bien el derecho a la vida no se incluyó expresamente en nuestro texto constitucional, hasta la incorporación de los textos internacionales, se entiende que está desprendido del artículo 33. BIDEGAIN, Carlos María, *“Curso de derecho Constitucional”*, Abeledo Perrot Bs. As. 2010, T V, ps. 108

¹⁴⁴ No obstante lo dicho, y aun cuando no es materia de este trabajo cabe comentar que Sagües ha hecho un profundo y recomendable estudio sobre el asunto, planteando una hipótesis de diferenciación entre derechos reconocidos en la Convención Americana, pero negado en una Constitución local. Alega el gran jurista rosarino, que una norma reglamentaria de estos sería inconstitucional aunque convencional. “Esto último permitiría, según Sagües, su validez. El trabajo en cuestión es del año 2009. Seguramente el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, del 14-II-2017 (CSJ 368/1998 34-MCS1) implicó cambios en el asunto. Ver SAGÜES, Néstor Pedro, *“El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”*, La Ley, 2009-B-1.

Luego se deriva que por tales argumentos, los jueces están habilitados a llevar a cabo el control de constitucionalidad de oficio. Como se señaló antes, aquí se mezclan muchas cosas sin una debida razón.

En el considerando 13 se expresa que: *“Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación.”*

Siendo ello así, cabría preguntarse porque la Corte no falló en otro sentido en el caso del Diputado Vega, permitiéndole litigar en las jurisdicciones del interior del país en los términos de la ley 23.187, cuando la inconstitucionalidad de la ley 22.192 era palmaria, no obstante, como se dijo antes, la acción fue desestimada por un defectuoso planteo. Es claro que el Tribunal tuvo en “Rodríguez Pereyra”, una amplitud interpretativa respecto del análisis de constitucionalidad de las normas que regulan el caso que difiere mucho de la postura sostenida en “Vega”. En este aspecto es dable tener en cuenta que el Sr. Rodríguez Pereyra ni siquiera articuló un planteo de inconstitucionalidad del sistema especial de indemnización por daños en ejercicio el servicio para conscriptos de las Fuerzas Armadas (ver considerando 5 *in fine*).

Como conclusión, el Tribunal encuentra fundadas razones para sostener que el mecanismo de reparación de la ley 19.101 concede una suma de dinero ostensiblemente inferior al que se obtendría aplicando el del derecho común, y así lo declara, y en base al principio *alterum non laedere* confirma la integralidad de la indemnización.

Una rápida síntesis de la sentencia podría darse en el considerando 22, donde la Corte expresa: *“Que de lo expuesto surge que el monto de la "indemnización" al que se arriba al aplicar los parámetros del sistema fijado por el régimen especial no repara integralmente el daño sufrido por el actor, circunstancia que sí se da en la sentencia apelada que se sustenta en el derecho común, en el que no solo se tiene en cuenta el resarcimiento del perjuicio moral que el sistema especial no contempla, sino también otras pautas que exceden de la mera incapacidad, tales como las consideradas por los jueces de la causa: el daño patrimonial comprensivo del lucro cesante, la pérdida de*

integridad física y el daño estético, teniendo en cuenta a su vez la gravedad de los hechos, la incidencia en los múltiples ámbitos en que el sujeto proyecta su personalidad, la condición económico-social, el sexo, la edad, el estado civil y la expectativa de vida económicamente útil.”

Ello se muestra como una postura favorable hacia el reconocimiento de los derechos (pro homine), pues no puede perderse de vista, que se le concede a un conscripto, quien sufrió un severo accidente una suma de dinero importante, o al menos mayor de la que reclamó, y razonablemente hubiese esperado obtener.

No obstante ello, la pregunta que se impone hacer, antes de calificar inconstitucional el sistema de reparación de la ley especial es: ¿si ello formó parte del pedido del actor? Como la sentencia lo señala la respuesta a este interrogante es negativa. Siendo ello así, cabe cuestionarse entonces, si la demandada tuvo una debida oportunidad de defender la constitucionalidad del régimen¹⁴⁵, y eventualmente impugnar la procedencia o la cuantía del daño moral y el daño patrimonial comprensivo del lucro cesante, la pérdida de integridad física y el daño estético, teniendo en cuenta a su vez la gravedad de los hechos, la incidencia en los múltiples ámbitos en que el sujeto proyecta su personalidad, la condición económico-social, y demás estándares utilizados para la fijación de la cuantía indemnizatoria.

Es de suponer que si el daño moral, el lucro cesante, el daño estético, etc. no formaron parte de la pretensión, el abogado del Ejército Argentino no haya atinado a articular defensa o prueba en este sentido. Es dable sostener, que de haberse requerido en la demanda, cualquier abogado al contestar podría haber argumentado sobre la improcedencia de alguno de estos rubros, o pedir alguna medida de prueba tendiente a disminuir su cuantía.

En el caso, la declaración de inconstitucionalidad de oficio, ha vulnerado el derecho del demandado de articular una defensa adecuada al proceso desde el inicio. En este sentido se tornan singularmente oportunas las palabras de Safi, quien explica que resulta evidente que la regla que sella la suerte de un caso concreto no puede aparecer (de la nada) al final del proceso, al momento del dictado de la sentencia, por inspiración (aun bienintencionada) del juzgador que decida crearla en ese momento, porque las partes deben conocer de antemano las normas a las que atener su comportamiento (sin

¹⁴⁵ Probablemente lo tuvo al interponer el recurso, pero la debida oportunidad procesal para perfilar la defensa es la contestación de demanda, donde además se cuenta con un plazo mayor que el plazo para recurrir. Por otra parte, quizás el principal argumento defensivo pudo ser la escueta diferencia entre la indemnización de la ley especial y la ley común, y para ello debió valerse de prueba que no se puede requerir al momento de articular el recurso.

emboscadas, ni sorpresas), no pudiendo condenarse a nadie por incumplir una obligación que no sabía que tenía; pues de lo contrario –amén de socavarse el imperio de la ley y la división de poderes- se violarían las garantías constitucionales vinculadas con la buena fe, la legalidad, el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de *Lex praevia*¹⁴⁶.

Cuadra insistir que no debe perderse de vista la diferencia entre este caso y el precedente “Vega”, pues si la Corte entendió que el Sr. Rodríguez Pereyra debía ser reparado por daño moral, sin que éste lo pidiera (el régimen especial no lo prevé), ¿Por qué no halló legítimo el derecho del Diputado Vega de ejercer la abogacía en todos los tribunales federales del país?

Finalmente, resulta importante cavilar sobre dos hipótesis que evidencian el error en que incurre el Tribunal en “Rodríguez Pereyra”: i. la primera de ellas (que es de escasa probabilidad) está relacionada con el hecho que quizás el propio actor, por razones de naturaleza estrictamente privadas haya decidido limitar su pretensión; tal vez el Sr. Rodríguez Pereyra tenía fuertes convicciones castrenses, o un particular sentido del patriotismo y deseaba reclamar solo lo que le reconocía la ley especial, o limitar su reclamo para no afectar al Ejército. Si bien esto último, es altamente improbable, no es imposible, y desnuda la falencia y los efectos imprevistos que pueden derivar de una declaración de inconstitucionalidad de oficio, que altera o modifica una pretensión.

En este sentido, Laplacette destaca que uno de los grandes problemas de la declaración de inconstitucionalidad de oficio es que avanza sobre la autonomía de la voluntad de quien lo pidió. Explica este autor que *“Precisamente aquí creo que es donde debemos detenernos. Si el juez extiende el iura novit curia hasta el límite de hacerlo colisionar con la libertad individual, y declara la inconstitucionalidad de una norma aun en contra de la voluntad del beneficiado por esa declaración, en tanto no existan motivos fuertes para prescindir de la voluntad de ese individuo, me atrevo a señalar que lejos de ampliar el derecho, lo que estaría haciendo sería precisamente lo contrario. Ese juez y ese derecho, al cual los hombres recurrieron para asegurar su libertad, termina arrebatándoles lo que quisieran resguardar.”*¹⁴⁷

ii. La segunda reflexión que corresponde hacer es la siguiente: piénsese en un conscripto que sufra una lesión leve, y no como el señor Rodríguez Pereyra que perdió

¹⁴⁶ SAFI, Leandro Karim, “Límites a la declaración de inconstitucionalidad de oficio”, La Ley 2018-A-714.

¹⁴⁷ LAPLACETTE, Carlos, *Control de constitucionalidad de oficio y Estado Constitucional de Derecho*, La Ley, 2011-F-781. En un pasaje de dicho artículo va mucho más allá asegurando que no es posible que el Estado, a través de la judicatura, arrebatase a los individuos la posibilidad de decidir sobre aquellas acciones que no perjudican a nadie más que a ellos mismos.

su mano, sino alguna contusión o un corte superficial menor sin compromiso ni riesgo de salud, algo que sólo represente una pasajera incomodidad y que sólo le hubiese impedido a Rodríguez Pereyra realizar sus quehaceres habituales por uno o dos días. En tal caso, podría darse la situación que a la luz del régimen especial, la indemnización fijada por el régimen tarifado sea mayor y supere el daño (casi inocuo) generado por el accidente, el que quizás fue atendido en un nosocomio público y no aparejó mayores gastos al conscripto. En este supuesto, nadie pensaría razonablemente que debe declararse inconstitucional el régimen especial, y aplicar la ley civil para bajar el monto indemnizatorio. Muy por el contrario, se diría con justeza que si la letra de la ley fija una suma determinada, no debería reducirse so pretexto que en el caso en concreto resulta en un exceso.

Es claro que esto último, es un caso de laboratorio de muy difícil configuración, pero lo cierto es que es un ejercicio que debe hacerse necesariamente para determinar si el razonamiento seguido en la sentencia es correcto. Cabe preguntarse entonces si la misma solución a la que llega el Tribunal, se aplicaría de igual modo si las partes se encuentran en una situación inversa, es decir si fuese el Ejército demandado quien se hubiese beneficiado con la declaración de inconstitucionalidad.

Más lo cierto es que nada de ello se tuvo en cuenta al momento en que salió esta sentencia, pues lo que realmente se llevó la atención del foro fue que la Corte fallara que el control de convencionalidad debía llevarse a cabo de oficio. Al decir de Midón¹⁴⁸ *“en el caso, la Corte Suprema estableció una ineludible simetría conceptual, sustancial y procedimental entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio, los cuales deben ser ejercidos por los jueces nacionales en las mismas condiciones pero respetando las distintas fuentes (interna y externa), Constitución e Instrumentos Internacionales e interpretativos, fallos de la Corte Suprema de Justicia y fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”* .¹⁴⁹

¹⁴⁸ MIDÓN, Mario, *El vicio de la Inconstitucionalidad*, Ediar, 2017, ps. 34. En el texto transcrito el autor cita un trabajo de GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *“Control de constitucionalidad y Convencionalidad de oficio”*, La Ley, 2013-A-31.

¹⁴⁹ Respecto de esta postura cabe puntualizar el matiz que hace Sagüés. El formidable jurista rosarino hace alusión a que en el considerando 15 de la sentencia, la Corte califica a esta conducta como “potestad”, es decir como facultativa. SAGÜES, Néstor Pedro, *“El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”*, La Ley, 2009-B-1.

En suma, “Rodríguez Pereyra”, no solo profundizó la línea permeable a la inconstitucionalidad de oficio, sino que además revitalizó el control de convencionalidad.¹⁵⁰

10.- El caso “Mansilla”. El inicio de una bisagra para descomprimir “Rodríguez Pereyra”

El precedente “Mansilla, Carlos Eugenio c/ Fortbenton Co. Laboratories S.A. y otros s/ despido”¹⁵¹, es un típico distracto laboral. Allí, y en lo que al presente estudio se refiere, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo declara la inconstitucionalidad de oficio del tope establecido en el segundo párrafo del artículo 245 de la L.C.T.

La Corte, al expresar cómo se concede el remedio federal ante la decisión del *a quo*, y como queda delineado el *thema decidendum* del recurso da una muestra de lo que será la decisión del caso. Dijo el tribunal: “...*En efecto, las argumentaciones del remedio federal se vinculan con una forzada apreciación del material probatorio, por un lado, y con la vulneración al principio de congruencia -ante la explícita conformidad del actor con los límites máximos establecidos por el art. 245 citado, expresada al inicio de las actuaciones-, por otro (fs. 2233 y 2229, respectivamente). Nada de ello, por cierto, se relaciona con la cuestión federal típica que predica el auto de concesión. Dicho de otro modo: la recurrente se agravió, en lo que interesa, por la declaración de invalidez constitucional ya referida, de lo que derivó considerar la remuneración del actor sin deducción alguna, cuando este último, al demandar, había solicitado la aplicación de un "tope" determinado entre varios propuestos (fs. 17/17 vta.). En tales condiciones, la especificidad del problema planteado no pudo identificarse, como simplificada y fragmentariamente afirmó la alzada, con la genérica ausencia de un planteo de inconstitucionalidad por parte de la actora.*” (ver segundo párrafo del considerando 4°).

No hace falta un gran esfuerzo intelectual para elucubrar cuál habrá de ser la resolución del caso.

¹⁵⁰ En otro trabajo de Sagües, se destaca las dificultades prácticas que ello puede traer, dado que la mayoría de abogados en su carrera, no ha conocido el control de convencionalidad. SAGÜES, Néstor Pedro, *los abogados frente al control de convencionalidad*, La Ley, 2021-A-306.

¹⁵¹ Fallos 337:179.

En el segundo párrafo del considerando 5° cita el derecho de defensa y el principio de congruencia, para luego en el considerando 6° descalificar la sentencia, y consecuentemente dejar sin efecto la inconstitucionalidad de oficio del artículo 245 LCT, por ignorar la plataforma fáctica del debate y no advertir que el actor al demandar echó mano expresamente a la aplicación de aquel tope. Finaliza este segmento de la sentencia indicando que *“lo resuelto acerca de la inconstitucionalidad del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo importó un claro apartamiento de los términos en que había quedado trabada la litis”*.

Ahora bien, en este transitar no puede perderse de vista un viraje respecto de “Rodríguez Pereyra”. La Corte aborda este punto en el considerando 7°, el que a pesar de su extensión conviene transcribir para luego analizar: *“Que, al respecto, es del todo propicio evocar 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 esa oportunidad, se expresó 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 (confr. casos “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña” y “Gómez Lund y otros”, citados en el considerando 12 de la sentencia examinada). Se enfatizó 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. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que se irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación”. En este sentido, -se remarcó- “se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera”. Como puede apreciarse, “el*

reconocimiento" expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control"(considerando 13 voto de la mayoría, cit., énfasis agregado)."

La primera cuestión a tener en cuenta de este extenso párrafo, es que la elección de los pasajes del fallo que se citan se muestra algo sesgada. Repárese que la frase transcripta referida a que los magistrados deben ejercer el control "en el marco de sus competencias", fue expresada al inicio de la sentencia del caso "Rodríguez Pereyra", y se hizo de un modo conceptual, pues aquella sentencia no repara en el "marco" como límite para los jueces, sino que muy por el contrario, termina siendo muy contundente en cuanto a la atribución reconocida a los magistrados para ejercitar el control oficioso de manera amplia.

Lo propio sucede cuando se habla del "sustento fáctico" de esta potestad. Así, si bien es cierto que el Tribunal en "Rodríguez Pereyra" hizo todas esas afirmaciones, el contexto general de fallo parece mostrar otras conclusiones, en particular por el enfático y contundente mensaje en virtud del cual afirmó que el control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio era un deber de los jueces. Este, como se dijo es el *holding* de "Rodríguez Pereyra".

En el considerando 12° el Alto Tribunal expresa: "*La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar. examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.*"

La contundencia de la expresión "no da lugar", o la referencia a los tribunales están "obligados a ejercer, de oficio" de la sentencia "Rodríguez Pereyra" no parece estar engrillada por "el marco conceptual" o el "sustento fáctico" al que se refiere

“Mansilla. Al contrario, la lectura integral de “Rodríguez Pereyra” parece enfatizar sobre la amplitud de los magistrados para ejercer esta atribución.

Esto muestra que la descripción que se efectúa en considerando 7° de “Mansilla” sobre el fallo “Rodríguez Pereyra” parecen no del todo correctas, sino segmentada y parcial. Se han transcripto distintos pasajes que editados parecen llevar a un lugar bastante diferente del fallo que intentan describir.

Reforzando ello, cabe puntualizar que muchas de las transcripciones efectuadas corresponden a tramos del fallo que bien podrían ser calificadas como *obiter*, lo que diluye aun más la cuestión (ver 3° y 5° oración del cons. 7°).

De ello se desprende que “Mansilla” y “Rodríguez Pereyra” parecen ir por andariveles separados. Así pues, es dable señalar que -de igual modo que el Sr. Mansilla- el soldado Rodríguez Pereyra consintió la indemnización que le fijaba al entablar la demanda. Quizás no lo hizo de un modo expreso como aquél, pero al no haberse agraviado de su alcance y al echar mano a la norma que establece un tope indemnizatorio (ley 19.101) para fundar su demanda es claro que entendió que ésta no era inconstitucional.

Para finalizar, el fallo contiene una frase que resume lo que podría asemejarse a un principio general de la cuestión, refiriéndose a que la Cámara *“ha traspuesto, así el campo de actuación que le es propio, sustituyéndolo en la voluntad de una de las partes, con la consecuente alteración del balance procesa, en detrimento de la contraria”*.¹⁵²

Como se verá, la voluntad de las partes cristalizada en el marco de delimitación de la pretensión procesal, debería ser la bisagra entre aquello que a los jueces les está permitido censurar de oficio, y aquello que no.

11.- Una retracción positiva en favor de la debida delimitación del objeto del pleito, y el planteo constitucional, que luego de “Mansilla” se consolida en “Whirlpool Puntana”

De igual modo que lo hiciera en “Vega”, en el caso “Whirlpool Puntana SA c/ Dirección General de Aduanas”¹⁵³ del 11 de diciembre de 2014, la Corte ajustó su

¹⁵² Entre las conclusiones del presente, se dejará sentado la imposibilidad, o mejor dicho, inconveniencia de un principio general.

¹⁵³ 337:1451.

decisión al estricto planteo de la parte en los términos en que este fue formulado, que en definitiva es lo que marca la apertura de la jurisdicción del Tribunal.

Allí, la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) impuso a la firma actora mediante el dictado de dos actos administrativos, la obligación de pagar un tributo correspondiente a los derechos de exportación de productos fabricados por ésta, con destino a la República Federativa de Brasil. Ello en el marco de la resolución general 11/02 del Ministerio de Economía de la Nación.

La empresa sostenía que los derechos de importación y exportación reglamentados en la citada normativa, no eran de aplicación para las exportaciones a estados miembros del Mercosur. Así lo entendió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, al expresar que *“la aplicación de tales derechos de exportación con destino a un país miembro del MERCOSUR resultaba en pugna con el Tratado de Asunción”* (ver Cons. 2°).

La Corte, delimitó su ámbito decisorio en el considerando 5° al expresar: *“Que, en efecto, la cuestión que se plantea en los presentes autos radica en determinar si los derechos de exportación instituidos mediante la resolución 11/02 del Ministerio de Economía e Infraestructura se encuentran en pugna con las disposiciones del Tratado de Asunción, aprobado por nuestro país mediante la ley 23.981”*.

Dicha resolución, habría sido declarada inconstitucional en el precedente “Camaronera Patagónica” en Fallos 337:388, por tener un vicio endógeno vinculado a una extralimitación del Poder Ejecutivo en regular en materia tributaria, y un exceso en la delegación que efectuara el Congreso, violentando de tal modo el artículo 76 de la Constitución Federal¹⁵⁴.

Si el acto administrativo en cuestión, es inválido por un exceso reglamentario es claro que el vicio por su cariz estará presente en todos los casos donde la norma se aplique, pues su anomalía es intrínseca, es decir no está sujeta a eventuales circunstancias fácticas. Si el Poder Ejecutivo se excedió en su dictado, tal exceso tendría patencia en todos los importadores con absoluta prescindencia de las circunstancias del caso. En la doctrina de la US Court, esto sería una inconstitucionalidad facial, definida como aquella donde bajo ninguna circunstancia podría existir en la que la aplicación del

¹⁵⁴ El caso “Camaronera Patagónica”, tuvo un impacto resonante, no precisamente en materia de control de constitucionalidad, sino en el ámbito tributario dado que importaba una fuerte decisión en materia de delegación legislativa del régimen de retenciones. Se puede ver al respecto BIANCHI, Alberto, *“El caso Camaronera Patagónica y sus efectos”*. En Revista de Derecho Administrativo, año 2014, Nro. 94, ps. 850.

dispositiva legal cuestionado pudiera ser válida¹⁵⁵. En igual sentido, Pedro Caminos, en un excepcional y meticuroso trabajo (propio de la pluma de este autor) expresa que una manera de presentar la distinción es sostener que, en el caso de la inconstitucionalidad facial, todas las aplicaciones de la norma son inconstitucionales¹⁵⁶.

Ahora bien, si tal normativa presentaba aquellos vicios que perjudicaban a la firma Camaronera Patagónica, tal anomalía ¿no se encontraba configurada en la situación del “Whirlpool Puntana”? La respuesta categóricamente es afirmativa. Entonces, ¿Por qué resulta correcta y adecuada la decisión de la Corte en este caso?, dicho de otro modo ¿Por qué el Tribunal no declaró la inconstitucionalidad de la normativa, por los mismos fundamentos que lo hiciera en el caso “Camaronera Patagónica”?

La Corte se hace cargo de ello¹⁵⁷, y lo expresa al finalizar el considerando 5: *“Al respecto cabe señalar que la propia accionante, al apelar ante el Tribunal Fiscal, puso de relieve expresamente que no estaban en discusión en esta causa las facultades del Poder Ejecutivo para establecer alicuotas "o bien para crear este tipo de impuesto" (confr. fs. 13 vta.). Por lo tanto, la cuestión sobre la que debe decidir el Tribunal en esta causa difiere de la que fue examinada en el caso C.486.XLIII "Camaronera Patagónica S.A. cl Ministerio de Economía y otros s/ amparo", fallado el 15 de abril de 2014”*.

La accionante demarcó libremente el ámbito y alcance de su pretensión, y al señalar que *“puso de relieve expresamente que no estaban en discusión en esta causa las facultades del Poder Ejecutivo”* impidió a la Corte entrar en aquel análisis. Es posible que se haya incurrido en un yerro en la estrategia jurídica y se perdiera de vista el argumento respecto de la extralimitación de facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo, o bien puede ser que en otra situación fáctica, para otras operaciones, o por circunstancias de diversa índole, la firma necesite valerse de la norma o requerir su aplicación, merced a lo cual estima inconveniente poner en tela de juicio su legalidad en estos términos. Como sea, y sea cual fuere la razón del planteo, lo cierto es que la firma “expresamente” excluyó un argumento que podría resultarle favorable a su posición.

¹⁵⁵ SOLA, Juan Vicente, *La Corte Suprema de Justicia*, La Ley, Buenos Aires, 2015 ps. 342. En el texto, el autor cita la definición de la propia US. Court, en 739.7425 (1987), “United State vs. Salerno”.

¹⁵⁶ CAMINOS, Pedro, *Precedentes Judiciales en el Derecho Constitucional*, La Ley cita AP7DOC/290/2018. Cabe remitir además al trabajo citado de Rivera, y Legarre, “*Los efectos...*” citado en apartados anteriores.

¹⁵⁷ Laplacette indica que el tribunal “se apura” a señalar que la impugnación no transitaba por el andarivel de las facultades del PE. LAPLACETTE, Carlos, “*La Corte Suprema y una aceptable limitación al control de constitucionalidad de oficio*”, Revista La Ley AP/DOC/275/2015.

Bajo este piso de marcha, mal podría el Tribunal alterar lo que resulta disponible para la parte. Es oportuno señalar que no se trata aquí de desentrañar la inteligencia de normas Federales, donde La Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o de los tribunales inferiores (Fallos: 307:1457 y 315:1492, entre muchos otros), sino antes bien de circunscribir su decisión a lo que fue expresamente pedido o excluido por el titular de la pretensión procesal.

La incidencia del obrar de la Corte, cobra sentido en el marco de este trabajo por cuanto se da una circunstancia de particular trascendencia: frente a una situación donde el cimero Tribunal claramente podría haber declarado inconstitucional una norma, con facilidad argumental y a través de una remisión a un precedente propio dictado ocho meses antes, optó por respetar la pretensión procesal, y en resguardo del principio de congruencia delimitó el ámbito de su decisión al modo en que efectivamente fue abierta su jurisdicción por la parte interesada. Esto no es un tema menor, y para calificada doctrina, el caso debería servir para advertir la necesidad de repensar la doctrina mayoritaria en materia de control de constitucionalidad de oficio¹⁵⁸.

El modo en que la Corte estructura su decisión es lo que resulta interesante. Esto es, si la declaración de inconstitucionalidad es una simple cuestión de derecho, donde obviamente es de aplicación el principio *iura novit curia*, el Tribunal bien pudo haber tomado idéntica decisión a lo resuelta en “Camaronera Patagónica”, pero al haber ponderado y validado muy especialmente la pretensión propuesta por la parte, pareciera que campea con más fuerza el principio dispositivo o que no siempre la declaración de inconstitucionalidad es una simple cuestión de derecho.

Laplacette ha profundizado en ello. En el trabajo citado anteriormente, este excelente doctrinario dice: *“Volviendo al caso concreto que se comenta, resulta de importancia advertir que la declaración de inconstitucionalidad de la res. 11/2002 que realizó la Corte Suprema en la causa “Camaronera Patagónica” se fundó en argumentos generales, independientes de su aplicación concreta a los hechos de la causa. A pesar de ello, en “Whirlpool”, el tribunal dejó de la ese análisis constitucional bajo el argumento de que las partes habrían aceptado la competencia del Ministerio de Economía para fijar retenciones. De este modo, la decisión de “Whirlpool” nos resulta notoriamente inconsistente con la supuesta obligación de los jueces, demanda del iura novit curia y del principio de supremacía, de controlar la constitucionalidad de las*

¹⁵⁸ LAPLACETTE, Carlos, “La Corte...”, cit.

normas sin importar la opinión de las partes. Es posible que, a partir de su inconsistencia con la jurisprudencia reciente del tribunal, la sentencia comentada muestre un camino por el cual transitar”¹⁵⁹.

Es claro que la afirmación de que la declaración de inconstitucionalidad de oficio es una cuestión de derecho y queda por ello enmarcada en el *iura novit curia* ha sido matizada o diluida en el “Whirlpool”. En la medida que esto resguarda el derecho de defensa y la garantía de propiedad, es una decisión por demás correcta.

12.- Un *certiorari* con un perfil cercano a “Ganadera Los Lagos”

Un caso que merece particular atención, es “Gómez, Jorge Elivo c/ GCBA s/ daños y perjuicios”, resuelto por aplicación del *certiorari* en los términos del art. 280 del C.P.C.C.N., el 22 de mayo de 2018¹⁶⁰.

Si bien podría, en un principio al menos, pensarse que una desestimación por la vía del *certiorari* no aportaría valiosas conclusiones, a poco que se ahonde en el caso se aprecia que nada dista más de la verdad. El rechazo de la impugnación por la vía rápida y sin tratamiento permite extraer, como se da en el caso en análisis, conclusiones acerca del mérito u oportunidad de la decisión, y esencialmente lo que circunda al interrogante respecto de ¿Qué es lo que el Tribunal ha dejado de tratar, o a decidido no tratar? Muchas veces, es más importante lo que no se escribe, que aquello que se deja expresado.

Previo a la labor de decisión, en la Corte Federal hay una etapa de “selección”, que consiste en determinar qué casos ameritan una sentencia de fondo, y qué otros serán directamente desestimados sin mayor tratamiento. Esto implica un trabajo de política judicial y conlleva claramente una decisión del tribunal acerca de qué es lo que se considera importante o amerita una decisión, y que no lo es.

Aquí, se configura una situación de esa naturaleza, donde es más importante lo que no se dice, que aquello que si se dice. Ello es así pues como queda claro en la disidencia del Dr. Maqueda, la Corte ha seleccionado y ha decidido con precisión guardar silencio sobre un punto determinado.

¹⁵⁹ LAPLACETTE, Carlos, “La Corte...” cit.

¹⁶⁰ Fallos 341:250.

En el caso, el actor quien no era ciudadano argentino, alega que merced a esa condición se vio privado de ingresar a un cargo público, lo que le habría generado un daño, cuyo resarcimiento reclama.

Según se desprende del dictamen de la Procuración General: *“El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior que rechazó la demanda incoada por Jorge Elvio Gómez contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCBA en adelante), a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la supuesta discriminación efectuada por la demandada al no designarlo como Especialista en la Guardia Médica Suplente (Cirugía Cardiovascular Infantil) en el Hospital General de Niños “Ricardo Gutiérrez”, por no cumplir con lo prescripto por el artículo 2º, punto 2.1, de la ordenanza 41.455, que exige como requisito para el ingreso a la carrera municipal de los profesionales de la salud “ser ciudadano argentino nativo, naturalizado o por opción”.*

Esto es, se está frente a una acción de daños y perjuicios. Ello importa suponer que el actor consideró que tuvo un perjuicio que se encuentra consolidado, y no estaría reclamando la inconstitucionalidad de la norma para poder acceder en igualdad de condiciones a un proceso de selección¹⁶¹. No obstante ello, y aun cuando lo que se pretende es el daño provocado, es preciso previamente señalar que para su procedencia se requiere de la previa censura constitucional del dispositivo legal que lo genera. Ello es así, pues de no ser tal norma contraria a la Carta Magna, no habría antijuridicidad que justifique residenciar favorablemente la pretensión indemnizatoria.

En tal marco, y de conformidad con lo que surge de la mencionada intervención del Ministerio Público, el tribunal local desestimó la acción de daños, por carecer ésta de un debido planteo de inconstitucionalidad de las normas en juego.

Se hizo en los siguientes términos: *“En efecto, la decisión a la que arribaron los miembros del tribunal local para desestimar la demanda, encuentra fundamento suficiente en la falta de declaración de ilegitimidad del art. 20 de la ordenanza 41.455 - al no haber sido requerida la declaración de inconstitucionalidad por el actor en su demanda así como también en la aplicación de las normas locales que consideraron*

¹⁶¹ Esto es importante de destacar, pues si lo que el accionante reclamara sería el ingreso a los cuadros de la administración, o su ascenso, la cuestión hubiese transitado por los mismo andariveles de los precedentes que se citan *infra*, “Repetto”, “Hooff”, “Gottschau”, “Mantecón Valdés” y “Reyes Aguilera”.

conducentes para la resolución de la causa”. Por ello se concluye que el recurso sería inadmisibile.

Hay algunas conclusiones que sacar. La primera según el criterio de la Procuración General, es que si se está frente a una norma local la “declaración de inconstitucionalidad” de esta, sería una cuestión de derecho público local. Este concepto, es al menos discutible.

Es claro que la procedencia de declaración oficiosa de inconstitucionalidad, de por sí no puede ser calificada como una “cuestión federal”, pues ésta dependerá o no de la naturaleza de la o las normas¹⁶² de que se trate. Pero, por idéntica razón tampoco puede ser calificada como una cuestión de derecho común.

La segunda cuestión, es que la referencia “al no haber sido requerida la declaración de inconstitucionalidad”, en virtud de la cual se desestima la pretensión por parte del Tribunal inferior, no daría lugar a la apertura del recurso. Esto, que al igual que la cuestión anterior, no está dicho de manera expresa, sugeriría que la falta de un planteo de inconstitucionalidad consolida la pretensión, impidiendo a los tribunales revisar tal cosa. Esto es lisa y llanamente una vuelta a “Ganadera Los lagos”, aunque claro está, repárese que no fue expuesto de un modo nítido ni expreso, sino que al contrario, surge como una conclusión que aparece luego de remover bastante hojarasca.

Finalmente, y no menos importante -sino de singular trascendencia- es que la jurisprudencia señera de la Corte, ya tenía una frondosa línea en sentido contrario al dispositivo en cuestión. Así, en el caso “Repetto”¹⁶³ de 1988 donde la actora, nacida en los Estados Unidos, solicita la inconstitucionalidad del artículo 5° inciso “a” del Reglamento General de Escuelas Privadas, vigente por por resolución N° 2877, la Corte censura la normativa en cuestión. El caso presenta ribetes de notoria identidad con la situación del Sr. Gómez.

Luego, la Corte fue profundizando agudamente esta línea jurisprudencial mediante la doctrina tomada de la US Court, de las “categorías sospechosas” a partir de los precedentes “Hooft”, “Gottschau”, “Mantecón Valdés” y “Reyes Aguilera”¹⁶⁴ entre muchos otros. Cabe señalar además que en todos estos casos la inconstitucionalidad alegada era respecto de normas locales, aun cuando ésta, como en el caso “Hooft”, fuese la Constitución Provincial.

¹⁶² Dependiendo si se trata de una cuestión federal simple o compleja.

¹⁶³ Fallos 311:2272.

¹⁶⁴ En Fallos 327:5118, 329:2986, 331:1715, 336:131, respectivamente.

En este aspecto, es oportuno observar que si el Tribunal hubiese mantenido un temperamento más cercano al que tuvo en “Rodríguez Pereyra”, muy probablemente habría declarado inconstitucional el dispositivo legal en cuestión, y así se podría haber configurado la antijurídica como antesala de la responsabilidad estatal.

Ello quiere decir, que la razón por la cual se declara inadmisibles -aun cuando fue por la vía expedita del artículo 280 C.P.C.C.N.- el recurso es esencialmente porque no medió un formal, tempestivo y adecuado planteo de inconstitucionalidad de las normas aplicables, o como lo señala la Procuración General: *“Al no haber sido requerida la declaración de inconstitucionalidad por el actor en su demanda”*. Y lo dicho queda en evidencia en el voto en minoría del Dr. Maqueda. Allí el citado ministro flexibiliza notoriamente la interpretación de los escritos de fuste, estima que: *“la sentencia traduce una comprensión del objeto litigioso que se aparta de las constancias de la causa y de los principios desarrollados por esta Corte en el precedente “Rodríguez Pereyra” de Fallos: 335:2333, referentes al ejercicio por parte de los jueces del control de constitucionalidad ex officio.... el actor en su escrito de demanda describió los hechos que motivaron su pretensión con la precisión necesaria para poder relacionar el “accionar ‘arbitrario, abusivo y contrario a derecho” y la discriminación que imputaba a la administración, con el fundamento por el cual esta se había negado a designarlo en el cargo, esto es, la previsión contenida en el artº 2º, punto 2.1 de la ordenanza 41.455 que exigía ser ciudadano argentino nativo, naturalizado o por opción. De ese planteo se desprende que la alegada discriminación se sustentaba en la condición de extranjero del demandante y que normas análogas a la mencionada habían sido descalificadas por los tribunales en dos precedentes cuya parte relevante se transcribió”*.

Además de una interpretación más generosa por parte del citado Ministro al escrito de demanda, en particular al planteo del objeto de la pretensión, la cita del precedente “Rodríguez Pereyra” pone sobre la mesa de discusión el núcleo de la cuestión controvertida, que radica en la inadmisibilidad de un recurso contra una sentencia de un superior tribunal local - en el caso de C.A.B.A- que exige que como requisito para la declaración de inconstitucionalidad un planteo de parte. Esta afirmación debe incardinarse con el voto concurrente del Dr. Rosenkrantz, quien le endilga un defecto al planteo de la pretensión para distinguir el presente caso del precedente “Rodríguez Pereyra”.

Una mirada generosa permitiría decir que la Corte ha declarado, por la vía del artículo 280, inadmisibles los recursos contra una decisión que reproducía los estándares de “Ganadera Los Lagos”.

Cabe recordar que el citado artículo expresamente reivindica la potestad de la Corte de no abrir su jurisdicción para tratar el recurso extraordinario “por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

En tal sentido no resulta errado afirmar que el Tribunal consideró que no debía revocar una sentencia que fijaba la necesidad de planteo expreso y oportuno para declaración de inconstitucionalidad de una norma.

13.-La ratificación del certiorari decidido en “Gómez”, pero esta vez expresado claramente en el caso “Compañía Mega”

El 11 de julio de 2019, la Corte dictó sentencia en el caso “Compañía Mega S.A. C/ EN -AFIP DGI- resol. 93/04 /94/04 (RDEX) y otros s/ Dirección General Impositiva”¹⁶⁵. Allí, la firma actora reclamaba al organismo de recaudación federal la repetición de una suma de dinero en concepto de crédito fiscal por montos ingresados en demasía correspondiente al impuesto al valor agregado¹⁶⁶.

En lo que aquí interesa, las instancias de grado ordenaron la devolución de un monto “con más los intereses que serían fijados según las pautas del del art. 179 de la ley 11.683 y sus normas reglamentarias”(v. cons. 3°). Puntualmente esa reglamentación es la Resolución 314/04, que fija una tasa pura del 6% anual. Esta decisión llega al tribunal mediante recurso ordinario interpuesto por la actora¹⁶⁷. Específicamente, y según se expresa en el considerando 6° *in fine*, la contribuyente “*cuestiona la tasa de interés aplicada en las instancias anteriores con respecto a la suma cuya repetición se ordena, pues la tasa del 0,5% mensual (6% anual) que es admitida como interés puro no compensa la desvalorización de la moneda*”

A fines de conformar mayoría, la Corte hace una división de cuestiones, lo que resulta bastante infrecuente en la dinámica de redacción de sentencias del Tribunal- en

¹⁶⁵ En Fallo 342:1170.

¹⁶⁶ El caso se compone de varios rubros, pero a los fines de este trabajo, solo basta lo mencionado.

¹⁶⁷ Dada la materia, el monto y que la Nación es parte, es ésta la vía idónea de impugnación para llegar a la Corte Federal.

el considerando 10°. La tercera cuestión está vinculada al tópico “*cuál es la tasa de interés aplicable al caso*”.

Al tratar el asunto en el considerando 13 el tribunal expresó: “*Que, finalmente, con relación a la tercera cuestión la señora Vicepresidenta Elena I. Highton de Nolasco y los señores Ministros Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti y Horacio Rosatti sostienen: Que por último, el cálculo de los intereses a la tasa fijada por el tribunal a quo no fue desvirtuado por la parte actora, quien no introdujo un planteo de inconstitucionalidad adecuadamente fundado contra la aplicación de la resolución 314/04 dictada por el Ministerio de Economía. En efecto, tiene dicho esta Corte que la declaración de invalidez de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico y su procedencia requiere que el pedido pertinente tenga un sólido desarrollo argumental y contar con fundamentos de igual carácter (conf. arg. Fallos: 324:3345; 325:1201; 327:831, 1899; 329:4135; 337:149; 339:1277, entre otros). Carga que no puede considerarse cumplida con la sola calificación de la norma cuestionada como un acto interno de la administración ni con los cuestionamientos genéricos a la tasa de interés allí fijada sin dar cuenta precisa de las cláusulas y/o principios constitucionales vulnerados*”.

Previo a tratar la disidencia del Dr. Rosenkrantz, corresponde hacer algunas consideraciones del párrafo anterior.

La primera es que no puede afirmarse que no exista agravio respecto de los intereses, pues la firma descalifica la tasa dispuesta de modo expreso, es decir que el agravio se encuentra presente. Lo que efectivamente si no existe y por ende no forma parte de la pretensión procesal, es un planteo de inconstitucionalidad al respecto. La cuestión, ya no versa sobre la efectiva impugnación del rubro, sino que se hace hincapié en la argumentación constitucional del agravio. En síntesis, la empresa Compañía Mega se agravia de la tasa de interés dispuesta, pero no la tacha de inconstitucional.

En el caso, la mera incorporación del agravio es insuficiente para la Corte, que exige tal planteo mediante la frase “*quien no introdujo un planteo de inconstitucionalidad adecuadamente fundado contra la aplicación de la resolución 314/04*”. Es decir, no basta impugnar el asunto, sino alegar y fundar que es contrario a la Constitución Federal. Ello parece estar mucho más cerca del criterio sostenido en “Ganadera Los Lagos”, que en “Mil de Pereyra”.

Habría que desbrozar adecuadamente la siguiente afirmación de la Corte, cuando manifiesta: *“tiene dicho esta Corte que la declaración de invalidez de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico y su procedencia requiere que el pedido pertinente tenga un sólido desarrollo argumental y contar con fundamentos de igual carácter”*. En la última parte de la oración, donde se expresa que *“su procedencia requiere que el pedido pertinente tenga un sólido desarrollo argumental y contar con fundamentos de igual carácter”*, lleva a la pregunta: ¿Qué quiere decir la Corte?, la frase *“su procedencia”* se refiere a la declaración de inconstitucionalidad y el término *“requiere”* sugiere el condicionamiento de tal declaración a *“pedido pertinente”* que tenga un *“sólido desarrollo argumental y contar con fundamentos de igual carácter”*.

Estas afirmaciones no hubiesen desacompañado en absoluto en el texto de “Ganadera Los Lagos”, y si se hubiesen mostrado enorme disruptivas si se las dejaba caer entre algún considerando de “Rodríguez Pereyra”.

La decisión del Tribunal es acertada, pues de otro modo el ente recaudador debería haber defendido la constitucionalidad de la norma de un modo preventivo, o peor aún, debió haber presupuesto y advertido (casi adivinado) que un tribunal podría declarar la norma inconstitucional y en base a ello defenderse.

No puede dejar de observarse que la declaración de inconstitucionalidad de oficio obliga al perjudicado a defenderse a tientas de argumentos que desconoce que pueden ser traídos en su perjuicio por los jueces al momento de resolver. Esto resulta inconveniente y afecta enormemente el derecho de defensa pues pone al litigante en situación de defender fundamentaciones eventuales.

En su disidencia¹⁶⁸, del Ministro Rosenkrantz aborda el tema desde otro andarivel totalmente distinto, que tiene que ver con cuestiones de índole competencial que van más allá de la decisión sustancial del caso. El por entonces presidente del tribunal, lejos de enfocarse en la cuestión de fondo, fija –por argumentos que exceden el presente trabajo- la falta de competencia de la A.F.I.P. para determinar una tasa de interés, que según lo expresa el citado ministro, debería a todo evento ser delegada por una ley del Congreso.

¹⁶⁸ Cabe aclarar que no se trata de una disidencia en sentido formal, sino sustancial, pues difiere totalmente del temperamento de la mayoría y propone una línea distinta de análisis. Dada la manera poco usual en que la Corte ha estructurado la votación, se podría sostener que es un voto aislado.

La doctrina de “Compañía Mega” dista enormemente de “Mill de Pereyra” o “Rodríguez Pereyra”, y se posiciona en un lugar de mayor justicia en resguardo del obrar de las partes al momento de plantear sus pretensiones.

14.- Un pequeño ajuste, matizando los vaivenes. El caso “B. J. M. s/ curatela”

En el fallo que da origen a este título, el Tribunal en fecha 4 de Junio de 2020 fue centrando de algún modo su doctrina y poniendo un quicio a un eventual desborde por parte de los jueces de las instancias de grado en materia de derechos patrimoniales, o si se quiere puede tomarse como una permisión más amplia cuando la naturaleza de los derechos en litigio no es patrimonial.

Allí, La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, desestimó un planteo de inconstitucionalidad de las normas que le impedían al actor votar por el hecho de estar condenado a una pena privativa de libertad mayor a tres años. Tal rechazo tenía su razón de ser en la extemporaneidad del planteo.

La Corte, en una escueta sentencia de diez párrafos divididos en tres considerandos hizo lugar al recurso de queja explicando que *“el a quo se negó a tratar la cuestión constitucional formulada por la recurrente con el único argumento de la introducción tardía del planteo; sin considerar que tal circunstancia es notoriamente insuficiente frente a la actual jurisprudencia de esta Corte, según la cual el control de constitucionalidad de las normas debe realizarse de oficio, siempre y cuando se respete el principio de congruencia, es decir, que los jueces ciñan su decisión a los hechos y planteos definidos al trabarse la litis (Fallos: 335:2333; 337:179 y 1403).”* Las citas son de los ya tratados casos “Mansilla” y “Rodríguez Pereyra” y finalmente “Codina”¹⁶⁹.

En el caso “B, J.M.” el tribunal sin hacer grandes consideraciones parece ir acomodando¹⁷⁰ la interrelación entre i. declaración de inconstitucionalidad de oficio, que sí está permitida en el sistema, ii. el principio de congruencia, y iii. *thema decidendum*. Así, si bien la Corte se muestra bastante receptiva al control del oficio es dable destacar que el caso no se trata de un derecho de naturaleza patrimonial y por

¹⁶⁹ 337:1403, “Codina Héctor c/ Roca Argentina S.A. s/ infracción ley 23.551”, del 11-12-2014. En el fallo, la Corte revoca una sentencia de la Cámara que no habría tratado una constitucional de oficio, por entender que no formó parte de la litis. El fallo, hace un remisión elíptica a “Rodríguez Pereyra”, y no aporta nada sustancial, esencialmente por este motivo, no se trató a lo largo del presente trabajo.

¹⁷⁰ Más que “ir acomodando” podría decirse “deja entrever”, pues lo cierto es que el Tribunal tira el asunto en la arena de combate, sin mayores precisiones sobre su articulación.

ende disponible para su titular, y cuya condena oficiosa no perjudique indebidamente a quien pierde el pleito.

Dada la naturaleza de derecho político que se ventila en el asunto resulta saludable que la Corte sea más permeable al control oficioso, por cuanto es un derecho esencial y su tutela oficiosa no trae aparejado un perjuicio para un tercero.

15.- El caso “Raco”, y la exigencia de un planteo

En el fallo “Raco, Marco Nicolás y otro c/ EN- M Seguridad -PSA- resol. 513/09, s/ personal Militar y Civil”¹⁷¹ de fecha 28 de octubre de 2021 el Tribunal retomó la senda de “Whirlpool Puntana”.

En el caso, los actores en su carácter de empleadas del Ministerio de Seguridad, Justicia y Derechos Humanos de la Nación se presentaron ante los estrados judiciales, solicitando la declaración de nulidad de la resolución administrativa que los dejara cesantes de sus cargos. En su demanda, según lo menciona la Corte en el considerando 5°, articularon la inconstitucionalidad de toda norma o resolución de cualquier tipo que sea, que permita procedimientos sancionatorios que importen una violación al derecho de defensa. El juez de primera señaló que la invocación genérica limitada a una serie de afirmaciones dogmáticas sin adecuada fundamentación ni demostración efectiva de un agravio no podría dar lugar a una declaración de inconstitucionalidad (Cons. 6°). Esto no fue refutado por los actores en su recurso de apelación.

Pese a ello, la Cámara de apelaciones interviniente declaró inconstitucional el artículo 48 del Anexo IV del Decreto N° 1088/2003 que exige que los defensores de los encartados pertenezcan a la fuerza. Para ello consideró que *“los actores plantean la nulidad del acto administrativo con base en la inconstitucionalidad del artículo 48 del Anexo IV del Decreto N° 1088/2003 en cuanto cercenó la posibilidad de elegir un defensor de confianza”* (cons. 7°).

Respecto de este punto, en los considerandos 9 y 10 la Corte termina resolviendo el asunto de la siguiente manera: *“9) Que según se advierte de las constancias de la causa, el planteo de inconstitucionalidad de la norma citada no formaba parte del reclamo de los actores. De modo tal que al resolver de ese modo los*

¹⁷¹ Fallos 344:3230.

jueces fallaron extra petita y modificaron los términos del litigio al fundar su sentencia en un tema que no constituía un punto de controversia, lesionando la garantía de defensa en juicio 10) Que, en tales condiciones, la decisión apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas del caso, por lo que al afectar en forma directa e inmediata las garantías constitucionales invocadas, corresponde admitir el recurso y dejar sin efecto el fallo (art. 15 de la ley 48)”.

Esto es, en el anterior caso “B., J.M.”, el tribunal no negó la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de oficio, pero del modo que decide en “Raco” se puede ver que lo que sí exige es que la discusión constitucional haya sido parte de la pretensión. Si bien tal recaudo no es parangonable al alto nivel de exigencia de la doctrina “Ganadera Los Lagos”, donde se requería un expreso pedido de parte, tampoco es tan flexible como en “Rodríguez Pereyra”.

Podría parecer que en este caso, el derecho en juego no es estrictamente patrimonial, pues en rigor de verdad se trata del derecho defensa, más lo cierto es que se trata de la situación laboral de los actores, donde si hay ribetes enteramente disponibles al momento de diagramar y articular una defensa.

16.- Síntesis

A pesar de haber tenido algún fallo criticable como bien pudo ser “Rodríguez Pereyra”, en términos generales la Corte Federal, sobre todo en los últimos tiempos, ha sido respetuosa de la congruencia procesal y se ha cuidado con ciertos márgenes de no condenar indebidamente, o en exceso en la medida que no correspondiere.

Una vez abierto el portal del control de constitucionalidad de oficio con “Mill de Pereyra”, y tras una primera etapa de cierta zozobra, los casos “Gómez”, “Vega” y “Whirpool Puntana” han servido para trazar una línea de mayor justicia, donde se ponga a cargo del litigante requerir expresamente la declaración de inconstitucionalidad en la medida que, tal declaración se puede considerar como un capítulo relativamente autónomo de la pretensión, o bien pueda por ella derivar en una condena mayor a la requerida.

De otro modo, y aun cuando pueda parecer ortodoxo, lo cierto es que nada sería más injusto y contrario a derecho que incrementar una condena que no fue pedida, y merced a la cual el obligado no pudo defenderse.

En concreto pueden distinguirse las siguientes etapas.

a.- La primera desde el inicio del Tribunal hasta “Ganadera Los Lagos”. Aquí la cuestión no tuvo un abordaje claro; la Corte no distinguió si el control de constitucionalidad debía o no ser declarado de oficio. En algunos casos lo fue, como en “Sojo”, y en otros sólo a pedido de parte, pero en rigor de verdad no fue una discusión que se haya dado.

Esta etapa puede pasarse de largo, pues pareciera ser que ni siquiera fue debidamente identificado el conflicto.

b.- Una segunda etapa a partir de “Ganadera Los Lagos”, marcada por el rigor en la necesidad de la declaración planteo de parte. Esta duró desde 1941 hasta 2001 donde finalizó con “Mill de Pereyra”, aunque como se vio antes, con la Corte de 1983 con “Juzgado Federal 50” ya habría comenzado a resquebrajarse.

c.- Finalmente una tercera etapa, permisiva al control de oficio a partir de “Mill de Pereyra”. No obstante esta etapa tiene matices, y es susceptible de ser dividida en dos grandes sub etapas.

La primera desde su comienzo en 2001 hasta “Rodríguez Pereyra”. Acá la Corte fue delimitando este nuevo rumbo, y culminó con una permisiva extrema del ejercicio de injerencia de los jueces que incluso derivó en serias alteraciones a las pretensiones de las partes. La excepción en este tramo fueron los casos “Gómez” y “Vega”.

Un segundo capítulo de esta etapa final, comienza en “Whirpool Puntana”, y sigue hasta nuestros días. Acá el Tribunal le dio un quicio de razonabilidad al control de Constitucionalidad de oficio, permitiendo su pleno ejercicio en la medida que no sean afectados derechos patrimoniales.

Si hoy en día se tuviese que indicar cuál es la doctrina de la Corte Federal en materia de Control de Constitucionalidad de oficio, con algún reparo podría afirmarse que el tribunal admite el control oficioso en la medida que ello no altere la pretensión procesal de manera injustificada provocando un incausado perjuicio para el afectado por esa declaración.

Sobre esto se ahondará en el capítulo siguiente.

CAPITULO III
CONCLUSIONES
FINALES

V.- CONCLUSIONES FINALES

1.- Conclusiones en particular.

Del análisis efectuado con anterioridad y en lo que se trata del control de constitucionalidad de oficio, pueden apreciarse dos etapas útiles en la jurisprudencia de la Corte (como se dijo antes, el primer jalón que finaliza en “Ganadera Los Lagos” no revista interés). El primero, donde la censura de una norma por ser contraria a la Constitución sólo procedía si ello se había requerido expresamente, que comienza con el caso “Ganadera Los Lagos” y se extendió sesenta años. Como se señaló oportunamente, antes de ello, el tema no registraba antecedentes claros en nuestra jurisprudencia.

La posición restrictiva de “Ganadera Los Lagos”, no ameritaba demasiado análisis ni presentaba matices, pues si no se incorporaba un pedido concreto, los jueces no declaraban la inconstitucionalidad de una norma, y con esa simpleza se cerraba el asunto.

El segundo tramo a partir de 2001 con el caso “Mill de Pereyra” se muestra receptivo de la posibilidad de control de oficio. Una vez abierta esta posibilidad si se requiere un mayor estudio de los alcances y efectos en que ello puede derivar. Esto es, se debe analizar con rigor cómo debe ser ejercida esta atribución por los magistrados. Esta segunda parte, tiene a su vez dos etapas, la primera muy permeable o oscilante, y la segunda a partir de “Whirpool Puntana”, más encorsetada y clara.

Ambas posiciones son abonadas por sólidos argumentos como se vio a lo largo del presente trabajo.

Sin perjuicio de ello, a modo de colofón cabe marcar las siguientes conclusiones finales:

1.- La exigencia de planteo expreso en los términos que la Corte lo definiera en “Ganadera Los Lagos” no resulta adecuado a todos los casos, pues esta atribución judicial puede ser ejercida plenamente en aquellos asuntos donde se ventilen cuestiones indisponibles para las partes del proceso, o que revistan trascendencia institucional.

2.- La declaración de inconstitucionalidad de una norma, en particular cuando se trata de derechos patrimoniales, forma parte de la pretensión procesal y no se trata estrictamente de una mera cuestión de derecho cuya suerte dependa de la aplicación del *iura novit curia*.

Por ello no procede en la medida que la actividad del juez perjudique a algunas de las partes, lo que implica en términos concretos alterar la pretensión.

3.- El litigante que no efectúa un planteo de inconstitucionalidad de oficio, debe cargar con el efecto negativo de su conducta, del mismo modo que quien no incorpora un rubro a su pretensión no puede esperar que le sea reconocido.

4.- Aun cuando resulta sumamente complejo blandir un “principio general” aplicable a todos los casos, se puede esbozar la siguiente afirmación una suerte de fórmula inicial: “*En los procesos que versen sobre derechos de contenido patrimonial o económico, solo podrán declarar la inconstitucionalidad de oficio de una norma, en la medida que ello no altere la pretensión procesal articulada por las partes, y consecuentemente altere el resultado del pleito*”.

Estas son las conclusiones que dimanar de la labor realizada

2.- Desarrollo amplio de las conclusiones.

Lo anterior es el resultado del desarrollo precedente, que se puede sintetizar en los cuatro puntos expuestos. No obstante ello se brinda a continuación se efectúa un abordaje más explicativo de tales conclusiones.

1. La declaración de inconstitucionalidad de oficio de un dispositivo legal, aun cuando es una cuestión de derecho, no siempre queda englobada o inmersa en el marco del principio “*iura novit curia*”, ello es así pues en algunos casos, dependiendo de los derechos en juego y de cómo se haya trabado la litis, la declaración de inconstitucionalidad de una norma no es estrictamente ni linealmente equiparable o susceptible de ser encauzada en la aplicación del adagio *iura novit curia*. Como se vio a lo largo de este trabajo, la función de tal principio tiene que ver con el errado encuadre jurídico que las partes hagan de los hechos.

Es así que el juez no puede quedar atrapado en la fundamentación jurídica de los litigantes, si estos lo hacen erróneamente. Como corolario de ello, si el juez decide el derecho, está claro que debe necesariamente conocerlo. Esto, como se vio, es inherente a la judicatura desde hace siglos.

Por su parte, la declaración de inconstitucionalidad de una norma, aun cuando también es una cuestión de derecho, surgió con el constitucionalismo¹⁷² como

¹⁷² Midón explica que este vicio está desde los orígenes del constitucionalismo para mantener la supremacía constitucional. MIDÓN, Mario, “*El vicio de inconstitucionalidad*”, Ediar, Buenos Aires, año 2017, ps. 19.

herramienta para mantener la supremacía constitucional. Es decir mucho siglos después del *iura novit curia*, y aun cuando se trata de cuestiones de derecho, son herramientas esencialmente distintas. Una -el *iura novit curia*- busca la aplicación precisa de la norma jurídica que regula el asunto llevado a los estrados judiciales; en tanto que la otra es un instrumento de cotejo que permite tamizar normas inferiores y determinar si se encuadran en el marco general de la constitución.

Además, esta última, a diferencia del *iura novit curia*, si puede alterar la pretensión de las partes. Por ello el ejercicio de esta atribución *ex officio* presenta la enorme complejidad de que el Juez pueda modificar el objeto de la litis, lo que en los procesos que versan sobre derechos patrimoniales resulta ilegítimo, inconveniente y contrario a derecho.

Como lo expresa Basilici “*la misión constitucional que tienen los jueces de resolver los conflictos, examinando autónomamente la realidad fáctica, y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, tiene como límite el respecto al principio de congruencia que invalida todo pronunciamiento que altere la causa petendi.*”¹⁷³

A guisa de ejemplo de ello, cabe recordar que en el caso “Rodríguez Pereyra” la declaración oficiosa de inconstitucionalidad implicó otorgar al actor una indemnización mayor a la que él había pedido.

Es muy importante tener esto en cuenta, y no suponer que por tratarse de una cuestión de derecho, la declaración de inconstitucionalidad puede ser ejercida oficiosamente por el juez sin valladar alguno de igual modo en que se utiliza la herramienta del *iura novit curia*. En la aplicación de ésta última, el magistrado claramente no tiene fronteras, pues la cuestión en debate necesariamente debe ser resuelta por la norma aplicable.

El límite de la declaración de inconstitucionalidad de oficio inexorablemente debe ser la alteración de la pretensión, es decir, si ésta impacta en la dimensión del reclamo efectuado por la parte, el magistrado debe abstenerse de ejercitarla si no medió pedido expreso.

Declarar inconstitucional una norma, y merced a ello otorgarle al litigante doscientos, en lugar de los cien que reclamó originariamente, equivale a reconocer

¹⁷³ BACILISI, Pilar, “*El principio...*” cit.

intereses sobre una suma de dinero cuando éstos no fueron reclamados, o reconocer un rubro no pedido, etc.

2.1. Haro se expresa en sentido contrario, y vale la pena traer a colación sus palabras a fin de que el resultado final de las cavilaciones que se vienen expresando, y su cotejo con posiciones antagónicas dote de mayor robustez al debate.

Este gran autor cordobés señala que: *“en todo proceso distinguimos fácilmente dos ingredientes fundamentales: En primer lugar, los hechos, o sea la plataforma fáctica integrada por los acontecimientos susceptibles de tener efectos jurídicos, y que forman a manera de marco el encuadramiento de sucederes dentro de los cuales se moverá la actividad del juez. En segundo lugar, el derecho, o sea la sustentación jurídica de las pretensiones en juego, los presupuestos normativos que desde el orden jurídico regulan los hechos... Como expresión cabal de esta actitud de las partes y el juez dentro del proceso, desde el derecho romano nos llega aquel viejo pero siempre orientador aforismo procesal, narra mihi factum, dabo tibi jus, que significativamente quiere decir nárrame los hechos que yo te daré el derecho”*¹⁷⁴.

Compartimos con Haro el señalamiento que respecto a que en todo proceso existen los dos ingredientes: el primero, como bien lo dice la cuestión fáctica de la que el juez no se puede apartar; y el jurídico que el juez debe aplicar.

Esto es así, y es un principio consabido en el derecho. Más no siempre la cuestión se presenta con esa simplicidad o sencillez, pues en muchos casos, y dependerá del modo en que se haya configurado cada asunto el pedido de declaración de inconstitucionalidad puede alterar el alcance de la petición de la parte.

En un primer tramo de la pretensión, la facción que Haro denomina “ingrediente” no sólo está compuesta por el relato de los hechos -la plataforma fáctica- sino que además también está integrada - es decir, forma parte de este “ingrediente”- el pedido formal que expresa el litigante, y que configura el objeto y alcance de la pretensión. Esto es, y en especial en materia de derechos de contenido patrimonial, la parte no sólo plantea como fueron los hechos, que el juez -que conoce el derecho- subsumirá en una norma, sino que además hay un expreso requerimiento de condena.

Respecto de esto último el efecto de la declaración de inconstitucionalidad, no es una mera cuestión de derecho o la simple aplicación de la norma. La oficiosidad de

¹⁷⁴ HARO, Ricardo, *El control de oficio de Constitucionalidad*, El Derecho T° 64, pg. 641. En Haro, Ricardo, *“Control de Constitucionalidad”*, Ed. Zavallía, 2001, cit, el autor explica que el artículo referenciado es el primero donde abordara esta temática. No obstante, cabe señalar que con los años la postura de este prestigioso jurista, se ha mantenido inalterable.

tal declaración puede tener incidencia directa en la condena, como sucedió en el caso “Rodríguez Pereyra”.

Por ello, los magistrados deben ser sumamente prudentes al momento de utilizar esta herramienta, y analizar muy bien las circunstancias de cada caso en concreto.

Por su parte, el *iura novit curia* pareciera estar destinado a permitir al juez prescindir de los fundamentos legales de las partes cuando estos sean erróneos, y siendo que el ejercicio de esta atribución no alteraría el objeto de la litis.

2.2. Desde una perspectiva diferente a la de Haro, Laplacette plantea que una distorsión de magnitud puede darse en los casos en que la constitucionalidad de la norma esté sujeta a cuestiones de prueba¹⁷⁵.

Así, el autor en primer lugar recuerda la doctrina de la U.S. Court respecto de la declaración de inconstitucionalidad *facial challenge* y *as-applied challenge*, que se tratara en pasajes anteriores de este trabajo, y luego señala que en aquellos casos donde el análisis constitucional esté sujeto a las circunstancias concretas del caso el *iura novit curia* no podría erigirse en una fundamentación válida del control de oficio.

En este sentido expresa: “*Por el contrario, si la declaración de inconstitucionalidad se fundara en las circunstancias concretas de aplicación de la norma, la distinción entre hechos y derecho no es tal, y el iura novit curia no podría erigirse en una explicación del control de constitucionalidad de oficio. Aun quienes defienden el control de constitucionalidad de oficio en términos amplios, como Gordillo, deben reconocen que "a pesar de la insistencia del tribunal en que esto es cuestión de derecho, no de hecho, no puede evitar referirse a los hechos, lo cual resulta evidente en el voto disidente del presidente. No puede declararse la inconstitucionalidad por arbitrariedad, desproporción, desviación de poder, etc., sin una indispensable fundamentación fáctica". Por ello, si la validez constitucional de una norma no puede ser apreciada sin tomar en cuenta los hechos, es inaceptable que las partes no puedan probar y alegar sobre ellos. Y precisamente por no encontrarse en discusión la constitucionalidad de la norma, se produce una inadmisibles violación al derecho de defensa, pues, de haber sabido que existía esa cuestión constitucional, las partes habrían podido producir pruebas tendientes a demostrar la validez constitucional de la norma. Queremos poner de manifiesto algo que nos parece claro y*

¹⁷⁵ LAPLACETTE, Carlos, “La Corte Suprema...”, cit. ps. 7.

de gran relevancia en materia de derecho de defensa: alegar y probar acerca de la aplicación de una norma a los hechos que se juzgan es, o puede ser, muy distinto a alegar y probar acerca de la compatibilidad entre esa norma y la Lo anterior es así, de modo claro, cuando se trata de declaraciones de inconstitucionalidad por las circunstancias concretas, pero lo es también incluso en el ámbito aparentemente más general y abstracto de las declaraciones de inconstitucionalidad on its face, donde la aparente contradicción que registra el juez entre la norma inferior y la Constitución quizás podría desaparecer de darse ciertos hechos cuya existencia no formó parte de la litis”.

Lo dicho por el prestigioso autor citado, es una muestra cabal de la cautela que deben tener los jueces al momento de aplicar de oficio la inconstitucionalidad de una norma.

2. La declaración de inconstitucionalidad de oficio de una norma, no debería proceder en cuestiones de derechos disponibles, en la medida que la oficiosidad del juez perjudique indebidamente a una de las partes. De la mano de lo último que se señalara en el apartado anterior es que el control de constitucionalidad *ex officio* es solo viable en la medida que no se trate de derechos disponibles.

Si el núcleo de la cuestión controvertida gira en torno al derecho de propiedad, ninguna actuación oficiosa del juez, ni aun la declaración de inconstitucionalidad de oficio de una norma que es una cuestión -en principio- de derecho, puede alterar las pretensiones iniciales. Esto equivaldría, como se dijo antes, a dar una suma mayor a la requerida en la demanda, o reconocer un rubro no solicitado; habría una clara configuración de sentencia *ultra petita*.

Resulta muy claro el ejemplo que brinda Laplacette en cuanto dice: *“Supongamos que un exportador creyese firmemente que las retenciones a las exportaciones de granos dispuestas por resolución ministerial no son inconstitucionales, pero advertirá que le han sido mal liquidadas y desea recurrir a la justicia para que obligue al fisco a devolver lo percibido de más ¿Deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de las retenciones por violar el principio de legalidad tributaria? ¿No tiene ninguna importancia la opinión de las partes?”*.¹⁷⁶

No ocurre lo mismo en el caso que no se trate de derechos de naturaleza económica. Piénsese por caso, en una norma que impone una pena excesiva por un

¹⁷⁶ LAPLACETTE, Carlos, “Control de constitucionalidad...”, cit.

delito de baja entidad (supóngase un mínimo de pena de seis años, y un máximo de veinte para la comisión de disturbios públicos) podría sin cortapisa alguna declararse de oficio su inconstitucionalidad en favor del imputado. En el caso, la situación es clara, y no podría quedar el inculpado sujeto a la sagacidad del abogado en haber pedido (o eventualmente omitido) la declaración expresa de inconstitucionalidad. Totalmente distinto sería el asunto en materia de derechos patrimoniales.

En el artículo de Laplacette mencionado en los párrafos anteriores, éste distinguido autor cita a su vez al otrora Ministro de la Corte Federal Eduardo Moliné O'Connor en estos términos: *“Moliné O'Connor ha sido muy enfático en la defensa de la posición que propongo. Quien plantea la inconstitucionalidad de una norma —dice— se está quejando del accionar de su 'representante' en el ejercicio del gobierno. Es posible que otros individuos no se sientan agraviados por esa norma, e incluso coincidan con entusiasmo con la solución adoptada, y en su zona de autogobierno cada habitante puede elegir si acepta o no el accionar de sus representantes. Si esa iniciativa no la tuviese el particular, sino el magistrado, 'en una suerte de paternalismo impropio, podría sustituir la norma dictada por quienes ejercen el gobierno elegido por el justiciable por otra que él prefiere, pero que el ciudadano, aun por omisión, no ha elegido para que le regule su vida. El ciudadano tiene el derecho de rechazar la vigencia de los actos del Ejecutivo y del Legislativo; pero también tiene el derecho de rechazar la intromisión del Poder Judicial’’. Coincido en lo esencial con esa posición”*.¹⁷⁷

Para quienes argumentan que la parte queda a merced de la profesionalidad del abogado, o sin resguardo de su negligencia, sólo cabe decir que ello es una cuestión que se plantea en cualquier profesión, pues pasa lo mismo con los médicos, los arquitectos, y en la vida en general. De otro lado, la falta de idoneidad del profesional, no parece un argumento válido para quien deberá afrontar una condena mayor a la solicitada por el titular del interés, debido esto a la actitud extra oficiosa del juez.

Por otra parte, si éste fuese el caso donde el alcance de una condena queda en manos del abogado, y por la deficitaria actuación profesional al no pedir la declaración de inconstitucionalidad de una ley el interesado obtenga un resultado menor al que pudo

¹⁷⁷ La cita del Dr. Laplacette al Dr. Moliné O'Connor, es la nro. 36 y dice lo siguiente: MOLINÉ O'CONNOR, Eduardo J., "El control de constitucionalidad y las garantías individuales", en Seminario sobre jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, EDUCA, Buenos Aires, 1999, p. 118. El autor también afirma que "si el hombre es el dueño de su destino... es sólo él quien puede aceptar o no que los actos de los órganos de gobierno puedan tocar esa zona reservada. El y sólo él es quien puede decidir si admite o no lo resuelto por alguno de los poderes de Estado, o si, ejerciendo sus atribuciones, requiere la intervención de los jueces para que hagan valer su garantía individual violada".

obtener con un debido planteo, a todo evento, quedará para el perjudicado un camino judicial contra el profesional que no lo representó correctamente, para satisfacer su derecho. Del mismo modo, que quien sufra un daño por una mala praxis de un médico, un arquitecto o un contador, podrá accionar contra éstos.

Esto es, y tal como se planteó en el análisis del caso “Gómez c/ Argencard” las preguntas que subyacen el caso son 1) ¿Con qué fundamento jurídico se puede obligar a la condenada a abonar más de lo reclamado?, o dicho de otro modo ¿Porque el reclamante debería verse beneficiado en mayor medida que la que reclamó?

No hay fundamento válido para dar una respuesta asertiva a tales cuestionamientos. El derecho de propiedad definido como el señorío que tiene una persona respecto de una cosa implica dos facetas nítidamente diferenciables: la primera de ellas es la conocida protección que detenta el titular del derecho en su uso y goce, que no sólo tiene eje en no ser turbado, sino que además el ordenamiento le acuerda la posibilidad de repeler cualquier restricción en el ejercicio de su derecho.

La segunda, y es acá donde campea la cuestión neurálgica del tema en tratamiento, es la libertad de disponibilidad del crédito, de su acreencia, del recupero de la cosa que se reclama en el pleito. Esta faceta radica la liberalidad de pedir ante la justicia una pretensión con un alcance determinado, aun cuando esto sea menos de lo que por ley le correspondiese.

Por otro lado, el perdedor condenado a pagar, tiene derecho a no que no le sea exigida una prestación mayor de la que le fue reclamada en el pleito.

Para finalizar y a modo de ejemplo, cabe citar lo recientemente decidido por la Corte Federal en el caso “Mieres, Walter c/ Servicio Penitenciario Federal”¹⁷⁸ del mes de septiembre de 2023. Allí, el actor cuestionó la legitimidad de una serie de decretos que impactaban negativamente sobre su haber. La sentencia de primera instancia hizo lugar al reclamo, y a su turno, la Cámara interviniente además de confirmar la sentencia *“resolvió que se debía reconocer al actor, con carácter de remunerativo y bonificable, la compensación “por apoyo Operativo” y con carácter remunerativo y no bonificable las compensaciones por “gastos por Prestación de Servicio”, y “Fijación de Domicilio”, todas ellas instituidas por el decreto 243/2015”*.

Esta decisión fue recurrida ante la Corte, quien confirmó el primer tramo de la sentencia, esto es lo efectivamente reclamado por el actor, y en cuanto al agregado por

¹⁷⁸ “Mieres, Walter Alfredo c/ Servicio Penitenciario federal s/ contencioso Administrativo”, FRE54000169/2011 del 26 de septiembre de 2023.

la segunda instancia sostuvo: *Que, en cambio, asiste razón a la apelante en cuanto a la alegada extralimitación del a quo al fallar. En efecto, como resulta del relato efectuado, en su demanda el actor se limitó a solicitar la declaración de ilegitimidad del decreto 2807/1993 -como la de sus incrementos determinados por los decretos 1275/2005, 1223/2006, 872/2007, 884/2008 y 752/2009-. Pese a ello, y tomando en cuenta la mención efectuada por la demandada respecto del decreto 243/15 –que solo tenía como propósito informar sobre su dictado, al mero efecto de que el a quo tomara conocimiento de la nueva estructura retributiva que derogó los decretos impugnados en autos-, el a quo examinó la validez de dicha norma y decidió cuestiones que claramente no integraban la litis ni habían sido objeto de debate durante el proceso”.*

La decisión del Tribunal es por demás correcta, en cuanto considera que no corresponde una condena más allá de la petición; pues dado que no hay pedido expreso, no hay causa para que se ordene el pago. En razón de ello, cabe reiterar, la declaración de inconstitucionalidad de oficio debe encontrar su quicio en este valladar.

3. La omisión de planteo de una parte, como constitutiva de la pretensión, debe tener consecuencias. Ello es así, pues dada la disponibilidad de los derechos en juegos, las garantías procesales que operan, la libre configuración de la pretensión procesal y sus alcances deben tener efectos. Ya sea por negligencia, por omisión, por mala elección de argumentos, o por estrategia procesal, la falta de planteo de inconstitucionalidad no debe pasar inocua, sino que como se dijo al inicio del párrafo debe tener efectos.

Obsérvese a guisa de ejemplo, que si a los fines de acceder a la jurisdicción de la Corte Federal no se ha planteado correctamente la cuestión federal, o no se ha mantenido ésta, o incluso, no se han respetado los requisitos meramente formales de la Acordada 4/2007, el superior Tribunal Federal, no tendría empacho alguno en rechazar el recurso¹⁷⁹.

Entonces, si un recurso interpuesto contra una sentencia de un superior tribunal de provincia, independientemente del eventual contenido anómalo de ésta, es sancionado con el rechazo por la tacha de “inadmisible” (hasta antes de las presentaciones electrónicas por no respetar los 26 renglones), no debería haber ningún reparo en no declarar de oficio una norma cuando carece de planteo adecuado, lo que resulta ser a simple vista, más importante que un recaudo formal.

¹⁷⁹ Si bien en algunos casos excepcionales, la Corte ha flexibilizado estos requisitos y ha abierto el recurso, han sido -reiteramos- en “casos excepcionales”.

El incumplimiento de una carga procesal, debe naturalmente derivar en un efecto negativo -sino, quien la omite está en la misma condición que el litigante diligente- para quien justamente no lo asume en debido tiempo y forma.

De otro modo, no tendría sentido exigir tales cargas.

Más aun, podría darse el contrasentido de quien formule el planteo erróneamente corra el riesgo del rechazo por tratarse de un argumento inadecuado (Vgr. “Whirlpool Puntana”) quedando en peor situación que, quien directamente omitió efectuar el pedido de inconstitucionalidad.

Entre estas, sin duda se encuentra la de formular un planteo de inconstitucionalidad, con lo cual cabe preguntarse si pueden los jueces suplir esa carga, y con ella morigerar el efecto negativo que acarrea su incumplimiento.

Si la parte no apela la sentencia en debido tiempo, o no contesta el traslado de demanda, o no requiere ni produce una prueba, no se dudaría en sostener que el incumplimiento de esa parte acarrea la pérdida de esa posibilidad. Aun cuando esa prueba, esa apelación, ese traslado sean esenciales para la solución del caso. No se admitiría que el juez lo haga de motu proprio. Pues bien, nada de ello diverge mucho de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, en particular si el juez aplica una condena más gravosa a una parte, en beneficio de quien no lo requirió.

4.- Por lo dicho hasta aquí resultaría en extremo complejo establecer un principio general que pueda ser igualmente aplicable a todos los casos, sin perjuicio de lo mencionado en el punto “4” de las conclusiones. Para más, no puede perderse de vista que las reglas, por su generalidad intrínseca, podrían dar lugar a malas soluciones en casos particulares¹⁸⁰.

La única conclusión categórica, aunque demasiado extensa, sería que la declaración de inconstitucionalidad de oficio no puede alterar la pretensión procesal. Ello importaría, lisa y llanamente violar el derecho de propiedad de la parte perjudicada. Pero así expuesta, no deja en extremo voluble para lo que se espera de una regla.

Bajo este prisma es que deberán ser analizados en particular todos los casos, de cuyos ribetes surgirá si la situación amerita o impide el ejercicio de esta potestad por parte del magistrado.

Lo que sí cabe señalar, como ya se ha dicho anteriormente es que, este principio tiene una clara diferencia cuando se trata de derecho de contenido económico

¹⁸⁰ SCHAUER, Frederick, *“Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico”*. Marcial Pons, Madrid, 2013, ps. 43.

de aquellos que no lo son. Así, como se trató oportunamente el caso “B, J.M.” donde la cuestión versaba sobre derechos electorales de las personas privadas de libertad, no hay reparo alguno en que esta potestad sea ejercida con mayor discreción por los jueces. Por el contrario, en materia de derechos disponibles de contenido patrimonial censurar la posibilidad de control de constitucionalidad de oficio, no implica desconocer la Constitución, sino al contrario: mantener su vigencia, pues quien se ve afectado por la intromisión oficiosa del juez, y por ende obligado a satisfacer una pretensión mayor de la que le fuera requerida, también tiene un derecho de propiedad y de defensa en juicio que gozan de rango constitucional.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

OBRAS CONSULTADAS

- 1) ALSINA, Hugo, *Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1957.
- 2) AMAYA, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, Astrea, 2º edición 2015.
- 3) BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, 2010, 3º Ed. ampliada y actualizada.
- 4) BIANCHI, Alberto, “*Control de Constitucionalidad*”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002,
- 5) BIANCHI, Alberto B., *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, T. I. Ed. Cathedra Jurídica, 2008.
- 6) BIANCHI, Alberto, “*Una Corte Liberal*”, Abaco, Buenos Aires, 2007.
- 7) BIDART CAMPOS, Germán José, *Tratado elemental de del derecho constitucional argentino*, Ediar, Año 2000.
- 8) BIDEGAIN, Carlos María, “*Curso de derecho Constitucional*”, Abeledo Perrot Bs. As. 2010
- 9) BURT, Robert, “*Constitución y conflicto*”, Eudeba, 2000.
- 10) CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1962.
- 11) CAMPS, Carlos Enrique, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, anotado, comentado, concordado*, Abeledo Perrot, 2012.
- 12) CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de derecho procesal Civil*, T I, introducción y función del proceso Civil, traducción de Niceto Alcalá Zamora, y Santiago Sentís Melendo, Uthea Argentina, 1944.
- 13) COOLEY, Thomas, “*Principios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América*”, Ed. Jacobo Peuser, año 1989, traducción de Julio Carrié

- 14) COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, La Ley 2010.
- 15) CURRIE, David, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, Ed. Zavalía, 1993 (primera Edición en University of Chicago, 1946).
- 16) EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *tratado de derecho constitucional*, Abeledo Perrot, Ed. Depalma, año 1995.
- 17) FERRAJOLI, Luigi, *Libertad y Propiedad*, Palestra, Lima 2018.
- 18) FERRAJOLI, Luigi, *“La teoría del Derecho en el paradigma constitucional”*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, 2º edición, 2009
- 19) FERRAJOLI, Luigi, *“Un debate sobre constitucionalismo”*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012
- 20) FIORAVANTI, Maurizio, *El constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Ed. Trotta, Madrid, 2014.
- 21) FISKE, John, *El gobierno civil de los Estado Unidos*, Imprenta, Litografía y Encuadernación de J. Peuser, 1900.
- 22) GARGARELLA, Roberto, *“La sala de máquinas de la Constitución”*, Katz, Buenos Aires, 2010.
- 23) GARGARELLA, Roberto, *“Nos los representantes”*, Ciepp, Buenos Aires, 2010.
- 24) GARGARELLA, Roberto, *“Crítica de la Constitución”*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004
- 25) GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, 2013.
- 26) GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada Editores. Primera Edición 1987, Vigésimo quinta edición, año 1959
- 27) HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John, *El federalista*, Ed. La Pampa, 1887, Trad. Ildefonso Isla.
- 28) HARO, Ricardo, *control de constitucionalidad*, Zavalía, 2008.
- 29) LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho Constitucional*, Plus Ultra, 1978.
- 30) LOUTAYF RANEA, Roberto, *Principio Dispositivo*, Astrea 2016.

- 31) MANILI, Pablo Luis, *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*, La Ley, 2021.
- 32) MARIONI, Luiz Guilherme, “*Control de Constitucionalidad y diálogo institucional*”, Perú, Palestra 2023.
- 33) MAYÓN, Carlos Alberto, “*Bases constitucionales del derecho Civil*”, Lex 2001.
- 34) MAYÓN, Carlos Alberto, “*Derecho Constitucional Argentino*”, Ed. Haber, La Pata 2021
- 35) MENDONCA, Daniel, y GUIBOURG, Ricardo, “*La odisea Constitucional, Constitución, teoría y método*”, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- 36) MIDON, Mario, “*El vicio de inconstitucionalidad*”, Ediar, Buenos Aires, año 2017.
- 37) NINO, Calos Santiago, *Fundamentos de derecho Constitucional*, Astrea, 4° reimpresión, 2013.
- 38) OYHANARTE, Julio, *Poder Político y cambio estructural en la Argentina*, Paidós, 1969
- 39) PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Ed. 2017, actualizado por Enrique Camps.
- 40) QUIROGA LAVIE, Humberto, BENEDETTI, Miguel, CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni.
- 41) RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes Argentinas*, Ed. Instituto de Investigaciones Históricas, Año 1937.
- 42) ROSATTI, Horacio, *El origen del Estado*, Rubinzal Culzoni, 2002.
- 43) SAGÜES, Nestor Pedro, *Derecho Constitucional*, Astrea, 2017.
- 44) SALVAT, *Tratado de derecho Civil Argentino*, Parte General, 9° Ed. actualizada por Victor Romero del Prado, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.
- 45) SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, “*El constitucionalismo y sus problemas*”, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.
- 46) SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, *La Libertad y sus problemas*, Bibliográfica Omeba, 1961.

- 47) SCHAUER, Frederick, *“Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico”*. Marcial Pons, Madrid, 2013
- 48) SOLA, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, Lexis Nexis, 2006.
- 49) SOLA, Juan Vicente, *La Corte Suprema de Justicia*, La Ley, Buenos Aires, 2015
- 50) STORY, Joseph, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, Ed. Nicolas Calvo, Buenos Aires 1881
- 51) VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, Ed. Abeledo Perrot, Año T. I y III, año 2013.
- 52) TIFFANY, Joel, *Derecho Constitucional según la teoría americana*, Imprenta La Unión, año 1874.
- 53) TOCQUEVILLE, Alexis de, *“La democracia en América”*, Fondo de Cultura Económica, 1º Ed. 1835, decimoquinta impresión 2011, México
- 54) WALDRON, Jeremy, *“Contra el gobierno de los jueces”*, Ed. Siglo veintiuno, Buenos Aires, 2018
- 55) ZIULU, Adolfo Gabino, *Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, 2014.

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

- 1) AMAYA, Jorge Alejandro, *“El debate sobre la última palabra. Reflexiones sobre los controles de constitucionalidad y convencionalidad”*, Revista Lex N° 21, Año XVI - 2018.
- 2) AMAYA, Jorge Alejandro, *“La congruencia interna de la sentencia y el control de constitucionalidad”*, La Ley digital, AR/DOC/3742/2009.
- 3) BACILISI, Pilar, *“El principio de Congruencia como límite al activismo judicial”*, El derecho 12-8-2024, cita digital ED-V-DCCCXLI-27
- 4) BASTERRA, Marcela, *“El fallo “Cabrerá”. Los vaivenes de nuestro máximo tribunal en busca de un estándar razonable en torno a la*

protección del derecho de propiedad”, En La Ley, Thomson Reuters, Suplemento de Jurisprudencia Argentina, del 1-9-2004.

5) BIANCHI, Alberto, *¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad? Las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por derecho (Oliver W. Holmes)*. LL 1990-E-1089.

6) BIANCHI, Alberto, “*El caso Camaronera Patagónica y sus efectos*”. En Revista de Derecho Administrativo, año 2014, Nro. 94, ps. 850.

7) BIANCHI, Alberto, “*Quien ha dicho que el control de oficio está muerto?*”, en Jurisprudencia Argentina, 2007-IV-1266.

8) CAMINOS, Pedro, *Precedentes Judiciales en el Derecho Constitucional*, La Ley cita AP7DOC/290/2018.

9) DÍAZ RICCI, Sergio, “*Control de constitucionalidad provincial: un modelo difuso con rasgos concentrados*”, Revista Jurídica Universidad Austral, Vol. 1, N° 2, diciembre 202.

10) FILLIPPINI, Leonardo, *Justicia Militar y justicia federal*, en CLÉRICO, Laura, GAIDO, Paula, “*La Corte Genaro Carrió*”, ps. 123.

11) GARAY, Alberto F. “*Controversia sobre el control de constitucionalidad de oficio*”. La Ley 0003/013793.

12) GARCÍA MANSILLA, Manuel, *El origen del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos y el caso “Marbury vs. Madison”*, en Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas 2020.

13) GELLI, María A., “*La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Los problemas y la doctrina anterior a «Rodríguez Pereyra»*”, La Ley, 12-12-2012, en la Ley 2013-A-25 y Suplemento Doctrina Judicial Procesal 2013, pg. 44.

14) . GELLI, María Angélica, GOZAINI, Osvaldo, y SAGÜES, Néstor P., *Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad*, La Ley, 2001-B-779.

15) GIL DOMINGUEZ, Andres, “*Restitución de la diferencia de cambio derivada de la pesificación forzosa*”, en La Ley 2003-F-1376.

16) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “*Control de constitucionalidad y Convencionalidad de oficio*”, La Ley, 2013-A-31.

- 17) HARO, Ricardo, *“El control de Constitucionalidad de oficio”*, ED T 64-643
- 18) LAPLACETTE, Carlos, *Facetas inconstitucionales del control de constitucionalidad de oficio*, en *El Derecho*, Suplemento Constitucional, 2009.
- 19) LAPLACETTE, Carlos, *“La Corte Suprema y una aceptable limitación al control de constitucionalidad de oficio”*, *Revista La Ley AP/DOC/275/2015*.
- 20) LAPLACETTE, Carlos, *Control de constitucionalidad de oficio y Estado Constitucional de Derecho*, La Ley, 2011-F-781.
- 21) LASCANO, David, *Principio dispositivo en el proceso moderno*, en *“Fundamentos de derecho Procesal”*, Hugo Alsina Director, compilación de Carlos Vallefin, Ediar, Buenos Aires, Reimpresión 2016, T. II, ps. 399.
- 22) MANILI, Pablo Luis, *El control de constitucionalidad de oficio*, la ley 2022-B-605.
- 23) MARANIELLO, Patricio, *“inconstitucionalidad de oficio, actualidad y límites”*, JA 2014-II.
- 24) PADILLA, Alberto, *El orden público y la declaración de oficio de la inconstitucionalidad*, La Ley, 1984-C-320.
- 25) PÉREZ GHILHOU, Dardo, *“Primer debate sobre el control jurisdiccional de Constitucionalidad”*, En *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, T 10
- 26) RISSO, Guido, *“Los otros efectos del control constitucional. Intoxicación del derecho, desconcierto social y desapego por los valores constitucionales”*, en la ley del 20 de Septiembre de 2023.
- 27) RIVERA, Julio César, y LEGARRE, Santiago, *“Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de oficio en los Estados Unidos y la Argentina”*, en *Revista Lecciones y Ensayos*, Nro. 86, 2009,
- 28) ROSATTI, Horacio, *El llamado “control de convencionalidad” y el “control de Constitucionalidad” en la Argentina*, La Ley 2012-A-911.
- 29) SAFI, Leandro Karím, *“Límites a la declaración de inconstitucionalidad de oficio”*, La Ley 2018-A-714.
- 30) SAGÜES, Néstor Pedro, *“El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”*, La Ley, 2009-B-1.

31) SAGÜES, Nestor Pedro, *los abogados frente al control de convencionalidad*, La Ley, 2021-A-306.

32) SENTIS MELENDO, Santiago, *Iura Novit Curia*, Revista de derecho procesal, año V, 2º Parte, Buenos Aires, 1947.

JURISPRUDENCIA

Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ordenados en orden cronológico.

- 1) 11:257, “Vicente Casares e hijos c/ Sivori y Schiaffino”, del 17-2-1872.
- 2) Fallos 23:37, “Don Carlos Casado c/ Municipalidad de Rosario de Santa Fé, s/ devolución de dinero por pago indebido de impuestos”, del 5-2-1881.
- 3) 32:10, “Sojo Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación” del 18-9-1887.
- 4) 33:162, “Municipalidad de la Capital c/ Viuda de Elortondo”, del 14-4-1888.
- 5) 145:307, “Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital”, del 16-12-1925.
- 6) 190:142, “Ganadera Los Lagos c/ Poder Ejecutivo Nacional”, del 30-6-1941.
- 7) 199:466 “Ferrari Daniel c/ Peiti Ramón”, en Fallos del 29-8-1944.
- 8) 204:671, “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Rodríguez Pedro”, 31-5-1946
- 9) 238:288, “Partido Provincial Unión Santiagueña- solicita reconocimiento”, del 19-7-1957.
- 10) 248:398, “Alejandro Bianchi y cia c/ Fisco Nacional s/ repetición”, del 14-11-1960
- 11) 306:303, “Juzgado de Instrucción Militar N° 50”, del 24-4-1984.

- 12) 307:1457, “Recurso de hecho deducido por Graciela Fernández Mejjide en la causa “Fernández Mejjide Pablo s/ averiguación por privación ilegítima de libertad”, del 22-8-1985.
- 13) 310:1401, “Peyrú Osvaldo Jorge”, del 2-7-1987.
- 14) 311:2272, “Repetto, Inés María, c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad de normas legales”, del 8-11-1988.
- 15) 315:1492, “Ekdmejkian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, del 7-7-1992.
- 16) 315:2207, “Bertinotti, Carlos A. c/ Ejercito Argentino s/ daños y perjuicios”, del 6-10-1992
- 17) 324:3219, “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero Raul Ramón, Pisarello, Ángel y otros c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ acción declarativa”, del 27-9-2001.
- 18) 325:28, “Smith, Carlos Antonio, Poder Ejecutivo Nacional s/ Amparo”, del 1-2-2002.
- 19) 325:2059, “Tobar Leonidas c/ Estado Nacional s/ Amparo”, del 22-8-2002.
- 20) 326:417, “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional s/ Amparo”, del 5-3-2003 .
- 21) 326:3899, “Recurso de hecho deducido por Abel Alexis Latendorf (Síndico) *in re* Filcrosa S.A. s/quiebra. Incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda”
- 22) 327:2905, “Cabrera Gerónimo Rafael y otro c/ P.E.N. -ley 25.561”, del 13-7-2004.
- 23) Fallos 327:3117, “Banco Comercial de Finanzas SA s/ Quiebra”, del 19-8-2004.
- 24) 327:3753, “Aquino Isació c/ Cargo servicios industriales S.A.”, sentencia del 21-9-2004.
- 25) 327:5118, "Hooft, Pedro C. F. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 16-11-2004.
- 26) 329:2968, , "Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la CABA s/ amparo", del 8-8-2006.

- 27) 329:5903, “Gómez, Carlos Alberto c/ Argencard S.A. s/ ordinario”, del 27-12-2006.
- 28) 330:3248, “Mazzeo, Julio Lilo s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, del 13-7-2007.
- 29) 330:3853, "Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional s/ recurso de hecho", del 4-9-2007.
- 30) 331:1715, "Mantecón Valdés, Julio c/ EN - PJN - CSJN- Resol. 13/IX/04 (Concurso Biblioteca) s/amparo", del 12-08-2008.
- 31) 332:1078. “Strangio, Domingo c/ Cattorini Hnos. S.A.C.I.F. s/ accidente”, del 12-5-2009.
- 32) 333:1723, 333:1723, “Soria, Carlos Alberto c/ Provincia Aseguradora de Riesgos de Trabajo”, del 7-9-2010.
- 33) 335:1189, “Vega, Juan Carlos c/ Estado Nacional PEN s/ amparo”, del 26-6-2012.
- 34) 335:2333, “Rodríguez, Pereyra Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, del 27-11-2012.
- 35) 337:179, “Mansilla, Carlos Eugenio c/ Fortbenton Co. Laboratories S.A. y otros s/ despido”, del 6-3-2014.
- 36) 337:388, “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo”, del 15-4-2014.
- 37) 337:1403, “Codina Héctor c/ Roca Argentina S.A. s/ infracción ley 23.551”, del 11-12-201
- 38) 337:1451, “Whirlpool Puntana SA c/ Dirección General de Aduanas”¹⁸¹, del 11-12- 2014 .
- 39) 341:250, “Gómez, Jorge Elvio c/ G.C.B.A. s/ Daños y Perjuicios”, del 18-3-2018.
- 40) 342:1170, “Compañía Mega S.. C/ EN -AFIP DGI- resol. 93/04 /94/04 (RDEX) y otros s/ Dirección General Impositiva, de fecha 11-7-2019.
- 41) 342:1903, Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados S.A. c/ Provincia de Misiones - Dirección General de Rentas y otro s/ demanda contenciosa administrativa
- 42) 343:345, “B., J.M. s/ curatela” del 4-6-2020.

¹⁸¹ 337:1451.

43) 344:3230, “Raco, Marco Nicolas y otro c/ EN- M Seguridad - PSA- resol. 513/09, s/ personal militar y Civil”, de fecha 28 de Octubre de 2001.

44) Fallos 346:103, “*Alpha Shipping S.A. c/ Provincia de T.D.F. A E I A S s/contencioso administrativo - medida cautelar* de fecha 7-03-2023.

45) Mieres, Walter Alfredo c/ Servicio Penitenciario federal s/ contencioso Administrativo”, FRE54000169/2011 del 26 de septiembre de 2023

Precedentes de otros tribunales, nacionales e internacionales

1) “Almonacid Arellano y otro c/ Chile”, sentencia de la Corte Interamericana del 26 de Septiembre de 2006. CIDH

2) “Trabajadores Cesados del Congreso c/ Perú”, sentencia de la Corte Interamericana del 24 de noviembre de 2006. CIDH