

El recurso extraordinario de inconstitucionalidad y la declaración de inconstitucionalidad de oficio

POR VALERIA L. ANSELMINO (*)

Sumario: I. Introducción. II. Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad. III. El Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires (en materia penal). IV. Conclusión. V. Bibliografía.

Resumen:

La Carta Magna de la Provincia de Buenos Aires consagra la supremacía de sus disposiciones estableciendo que toda ley, decreto u orden contrarios a las declaraciones, derechos o garantías estatuidos en los arts. 1 a 56, o que impongan otras restricciones que las que tales normas permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguren, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los jueces (art. 57). Para resguardar la prevalencia de sus preceptos instituye diversos conductos procesales de contralor, entre ellos el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, tendiente a que se resuelva acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por la Constitución y se controvierta por parte interesada, resolviéndose por dicho tribunal, en vía de apelación. Así, la Suprema Corte es instituida como un verdadero Tribunal de garantías constitucionales locales, custodio último de la legalidad constitucional provincial.

El presente trabajo se ocupará de analizar el mencionado remedio procesal consagrado en la Carta Magna local y cuya finalidad es lograr -por sobre todas las cosas- la supremacía de la misma. Respecto de él se estudiarán -en principio- sus caracteres generales, luego se lo analizará enfocado al ámbito puramente penal, y -por último- se examinará su vinculación con la denominada "declaración de inconstitucionalidad de oficio", profundizándose sobre una serie de precedentes jurisprudenciales.

Palabras claves: Recurso. Inconstitucionalidad. Constitución. Supremacía. Garantías.

The extraordinary appeal of unconstitutionality and the declaration of unconstitutionality of office

Abstract:

The Magna Carta of the Province of Buenos Aires gave supremacy to its provisions stating that any law, decree or order contrary to the statements, statutory rights or interests in the arts. 1 to 56, or imposing other restrictions that such rules allow, or deprive citizens of the guarantees to assure, will be unconstitutional and can not be applied by judges (Article 57). To protect the prevalence of its provisions establishing various channels of proceedings, including the extraordinary remedy of unconstitutionality, aimed at a settlement on the constitutionality or unconstitutionality of laws, decrees, ordinances or regulations that statute on matters governed by the Constitution and interested party is in dispute, resolved by that court, in way of appeal. So, a Supreme Court is established as a true court of constitutional guarantees local custodian last of provincial constitutional legality.

This analysis will deal with the aforementioned procedural remedy enshrined in the constitution and local-aiming above all things, the supremacy of the same. For he will be considered, in principle, its general features, then analyze it purely focused on criminal law, and finally-we will examine the links with the so-called "declaration of unconstitutionality of office," deepened on a number of precedents.

Keywords: Appeal. Unconstitutional. Constitution. Supremacy. Guarantees.

(*) Docente de la Cátedra II de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

I. Introducción

Las ideas que hacia fines del siglo XVIII y a comienzos del XIX se manejan en Estados Unidos y Francia, sobre el control de constitucionalidad de las leyes y el rol que en el mismo debe jugar la magistratura, hacen que los revolucionarios franceses influenciados por los escritos de Rousseau y de Montesquieu -como sienten una marcada desconfianza en los integrantes del Poder Judicial-, decidan crear por decreto del 27 de noviembre de 1790 el Tribunal de Casación, como órgano de control constitucional no judicial.

Al juez sólo le corresponde la tarea de aplicar en forma exegética la ley sin posibilidad de realizar interpretaciones. Estas últimas quedan en manos del Cuerpo Legislativo (1).

Con distinto criterio en Estados Unidos, se sanciona la Constitución Federal, de 1787, que por su art. VI, Sección 2ª, desarrolla el pensamiento de la supremacía de la Constitución imponiendo que *"... será la suprema ley del país, y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla..."*.

Los principios vertidos en dicha Carta son plasmados en la sentencia pronunciada el 24 de febrero de 1803 por el presidente de la Suprema Corte, John Marshall en el caso *Marbury v. Madison*. La decisión allí tomada, por su trascendencia institucional y la precisión de los conceptos vertidos constituye el piso sobre el que se asienta la teoría de la supremacía de la Constitución.

En esta sentencia se expresa que, siendo la Constitución ley suprema, los jueces deben darle preferencia sobre cualquier otra. De este modo el Tribunal hace suya la competencia para el examen de la correspondencia de los actos de los otros poderes con la Constitución, sin que esto signifique atentar contra el sistema de la división de poderes, representado en su equilibrio dinámico de pesos y contrapesos.

Nuestros constituyentes adoptan el camino seguido por los Estados Unidos al sancionar el art. 31 de la Constitución Nacional.

Del mismo modo -pero ahora centrando la visión en el ámbito local- la Carta Magna de la Provincia de Buenos Aires consagra enfáticamente la supremacía de sus disposiciones estableciendo que toda ley, decreto u orden contrarios a las declaraciones, derechos o garantías estatuidos en los arts. 1 a 56, o que impongan otras restricciones que las que tales normas permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguren, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los jueces (art. 57). Para resguardar la prevalencia de sus preceptos instituye diversos conductos procesales de contralor: a) la acción declarativa originaria de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte, tendiente a que se resuelva acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por la Constitución y se controvierta por parte interesada (art. 161, inc. 1); b) el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, que se confiere con la misma finalidad y se resuelve por dicho tribunal en vía de apelación (art. 161, inc. 1 cit.); c) el recurso extraordinario de nulidad que se abre contra las sentencias definitivas pronunciadas en última instancia por los Tribunales de Justicia, cuando se alegue violación de las normas de los arts. 168 y 171 de la misma Carta Magna (art. 161, ap. 3, inc. b); y d) el hábeas corpus (art. 20) para restablecer la vigencia de la garantía lesionada por hechos o actos inconstitucionales (2).

La Suprema Corte es instituida así como un verdadero Tribunal de garantías constitucionales locales, custodio último de la legalidad constitucional provincial. Paralelamente el control difuso corresponde a todos los jueces (art. 57 de la Const. Prov. Bs. As.) y la ley organiza otros medios o vías tendientes a resguardar la supremacía de las normas fundamentales (3).

(1) OTEIZA Eduardo, "El control de constitucionalidad de oficio". Revista Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, 1986-I, págs. 731/740.

(2) BERIZONCE, Roberto O. "El control de constitucionalidad local en la Provincia de Buenos Aires". Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1985-IV, págs. 780/789.

(3) BERIZONCE, Roberto O., ob. cit.

Realizada esta breve introducción, cabe destacar que el presente trabajo se ocupará de analizar uno de los remedios procesales consagrados en la Carta Magna local y cuya finalidad es lograr -por sobre todas las cosas- la supremacía de la misma. Este es el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, respecto del cual se estudiarán -en principio- sus caracteres generales, para así entender y luego desarrollar el análisis de dicha impugnación enfocada al ámbito puramente penal. Por último, y teniendo en cuenta las palabras que utiliza la Constitución de la Provincia de Buenos Aires al disponer en su art. 161 inc. 1 in fine que “se controvierta por parte interesada”, se examinará la vinculación de este recurso con la denominada “declaración de inconstitucionalidad de oficio”. Para ello se profundizará sobre una serie de precedentes jurisprudenciales tanto del Superior Tribunal nacional como del local.

II. Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad

A. Concepto y objeto

La Constitución es la máxima ley dentro de un Estado; ella se limita a dar las bases, disponiendo que es función del órgano legislativo permanente expedir las normas necesarias para su efectividad, en tanto, es función del órgano ejecutivo reglamentar tales normas para que aquellos principios tengan vida y eficacia (4).

En esta función legislativa y ejecutiva, los respectivos órganos del Estado pueden tergiversar, vulnerar, infringir y hasta desconocer los principios esenciales de convivencia consagrados en la Constitución.

Es por ello que el derecho constitucional americano reconoce en el poder judicial la competencia necesaria para dirimir tales posibles conflictos. Al efecto instituye tres vías distintas, pero concurrentes:

- *Procedimiento de la “injunction”*: mediante el cual se puede cuestionar la constitucionalidad de una ley antes que haya entrado en aplicación. Puesta la demanda, si el tribunal estima que la ley atacada viola la Constitución, prácticamente la anula.

- *Procedimiento por acción declaratoria de inconstitucionalidad*: mediante el cual el particular que se ve afectado por la ley, reglamento, etc. en sus derechos patrimoniales o institucionales puede impugnarlos originariamente ante la Suprema Corte de Justicia, como contraria a normas, principios o garantías de la Constitución.

Esta es la demanda de inconstitucionalidad que estatuye la Carta Magna local (art. 161 inc. 1º).

- *Procedimiento por acción, excepción o defensa*: “La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: ... Ejerce la jurisdicción ... de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decreto, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada” (art. 161 inc. 1º de la Constitución provincial).

Si el superior conoce por apelación ello supone un pronunciamiento anterior sobre el punto: aquella acción, defensa o excepción se somete a decisión judicial en su oportunidad, y contra el pronunciamiento que sobre ella recaiga en última instancia se acuerda el recurso de inconstitucionalidad.

El objeto de esta impugnación es mantener el control de la Constitución, a fin de que los principios, declaraciones, derechos y garantías en ella consagrados no se vean desvirtuados por leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos (5).

(4) IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel. Tratado de los recursos en el proceso civil. La Ley, Buenos Aires, 1966, pág. 403.

(5) IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, ob. cit., págs. 404/405. Véase -en igual sentido- HITTERS, Juan Carlos. Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación. Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1998, págs. 667/668. El recuso extraordinario de inconstitucionalidad “... se erige como un canal de impugnación de jerarquía constitucional, ya que... está previsto en la Carta Magna de la Provincia. En efecto, el artículo 161 inciso 1º de ese cuerpo

Conforma un resorte de defensa de los derechos y garantía constitucionales cuando son vulnerados por un fallo judicial que haya dado validez a la norma de menor rango que los afecten.

Se trata de una casación de tipo constitucional, que se diferencia de la común, pues ésta tiene en miras el análisis de la sentencia, mientras que aquélla controla la ley en lo atinente a la validez constitucional; ello sin perjuicio de dejar aclarado que a través del remedio examinado lo que en verdad se inspecciona es el fallo judicial que esgrime la regla inconstitucional (6).

Este modo de impugnación connota una casación por errores in iudicando y procura la corrección de los defectos de juicio en que puede incurrir una decisión final, producidos al interpretar el alcance de alguno de los preceptos en relación con la Carta Magna (7).

A través de este sendero, más que la ley lo que en realidad se controla es el fallo que pone en juego una regla inconstitucional.

Dicho pronunciamiento no hace más que aplicar la norma vigente, por lo que aparentemente nada puede achacársele al iudicante que la dicta.

Sin embargo, no cabe duda de que en la sentencia que usa una disposición violatoria de la Carta Fundamental, hay también un evidente error in iudicando, consistente en inaplicar el art. 57 de la Constitución de la Provincia, que le prohíbe al juez utilizar normas inconstitucionales (8).

En síntesis: por el remedio estudiado se impugna un déficit decisorio, consistente en haberle dado vida, por parte del juez, a una regla jurídica contraria a la Carta Magna Provincial, siendo el mismo un defecto in iudicando, que se configura por infracción de la Constitución local (9).

Para que tenga cabida el recurso de inconstitucionalidad es preciso no sólo un déficit del juzgador, sino también -y como acto previo- un error del legislador, consistente en dictar una norma inconstitucional. Asimismo es indispensable: a) que la cuestión constitucional se someta por parte interesada a los jueces de las instancias de origen; b) que se cuestione la validez de una ley, decreto, reglamento u ordenanza, por ser violatorios a la Constitución Provincial; y c) que recaiga pronunciamiento definitivo -contrario al recurrente- sobre el tema constitucional (10).

B. Diferencias y similitudes con otros recursos

Existen algunas similitudes entre el recurso extraordinario de inconstitucionalidad y el regulado por el art. 14 de la ley 48, aunque también es fácil descubrir ciertas diferencias.

normativo, establece, entre las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, la de ejercer la jurisdicción originaria (demanda de inconstitucionalidad) y de apelación (recurso de inconstitucionalidad) para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por dicho Estatuto Fundamental y se controverta por parte interesada... la inconstitucionalidad puede hacerse valer tanto por acción, como por excepción; o por vía de recurso... El remedio abordado tiene por objeto imponer la supremacía de la Constitución 'local', respecto de las leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos provinciales que puedan considerarse en pugna con aquel plexo máximo, y se abre exclusivamente si se ha controvertido y decidido el caso constitucional..."

(6) HITTERS, Juan Carlos, ob. cit., pág. 669. "... por medio del recurso de inaplicabilidad de ley se ataca el uso que de la norma ha hecho el juez, mientras que por esta senda de la inconstitucionalidad se impugna -en principio- la ley misma, pero sin dejar fuera de la mira, el pronunciamiento que la aplica..."

(7) HITTERS, Juan Carlos, ob. cit., pág. 669.

(8) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., pág. 670.

(9) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., pág. 670. Además de inspeccionar la comisión de un vicio que consiste en una violación a la Constitución local, también debe llevarse a cabo, paralelamente con el ataque al fallo, una impugnación hacia la ley, a la que se la tiene que tildar de no encajar en la pirámide jurídica.

(10) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., pág. 671.

Los dos buscan la supremacía de la Constitución vigente en sus respectivas jurisdicciones, y se ejercitan a través de un recurso jurisdiccional, ante el más Alto Tribunal de su ámbito territorial, y también en ambos se controvierte la norma utilizada y el fallo que la aplica.

El sistema pergeñado por la ley federal es de mayor amplitud que el provincial, sobre todo si se tiene en consideración que a través del estiramiento jurisprudencial que sufre el primero -arbitrariedad y gravedad institucional- se resuelven cuestiones de derecho común que no son típicamente constitucionales.

Además la senda de la ley 48 no sólo se ocupa de la supremacía de la Carta Fundamental, sino también de las leyes federales y de los Tratados, cuestiones estas dos últimas, no incluidas en el andamiaje bonaerense (11).

También se observan diferencias entre el recurso de inconstitucionalidad, y el de nulidad.

Lo cierto es que este último procede cuando se violan los arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia, controlándose -en la mayoría de los casos- vicios in procedendo, aunque también funciona excepcionalmente para ciertos defectos in iudicando. En cambio el de inconstitucionalidad sólo opera si se configura este último tipo de errores.

El recurso de nulidad se resuelve con reenvío, en tanto que el de inconstitucionalidad se decide sin remisión, pues si la Corte le da cabida ejerce su competencia positiva.

Asimismo el recurso extraordinario de inconstitucionalidad funciona a través de motivos de enunciación sistemática, en cambio el de nulidad se basa en causales fijadas taxativamente por la Carta Magna.

Finalmente, el de nulidad se utiliza exclusivamente en caso de infracción a los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial, y no cuando se viola una norma de origen legal. En consecuencia los demás vicios que alteren los derechos previstos en el Supremo ordenamiento, se atacan por el casillero de la inconstitucionalidad (12).

En lo que hace a las diferencias entre el remedio aquí estudiado y el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, éste se ocupa de las infracciones, de las reglas de derecho, o de la doctrina legal; mientras que aquél solamente abarca violaciones a la Constitución de la Provincia, en el caso de que una ley, ordenanza, decreto o reglamento, no le haya dado a ésta la debida supremacía.

A su vez por el recurso de inconstitucionalidad se impugna además del fallo, la ley, decreto, ordenanza o reglamento, que se considere violatorio de la Carta Fundamental. En el ámbito del recurso de inaplicabilidad de ley se juzga la infracción de ley y de la doctrina legal, mientras que en el de inconstitucionalidad lo que se inspecciona es la supremacía de la Carta Magna (13).

C. Diferencias con la acción de inconstitucionalidad

El art. 161 inc. 1º de la Constitución provincial establece dos instrumentos para proteger la supremacía de ésta: la acción de inconstitucionalidad y el recurso de inconstitucionalidad.

El recurso de inconstitucionalidad está comprendido en la expresión "jurisdicción por apelación", y está regulado por el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (arts. 489/490) para aquellos casos en que la materia constitucional se controvierta en una causa penal.

La acción o demanda de inconstitucionalidad se encuentra aludida en la expresión "jurisdicción originaria" y está legislada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, pudiéndose destacar como una de las diferencias características entre ambos medios de impugnación, la aptitud

(11) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., pág. 673.

(12) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., págs. 673/674.

(13) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., pág. 674.

preventiva de ésta, y el carácter represivo de aquél, es decir, que la primera es procedente si el daño concreto no se produce aún, lo que no acontece con el recurso, que tiene sólo función reparadora.

La acción de inconstitucionalidad, pues, puede deducirse antes que la ley en sentido material (decretos, ordenanzas, reglamentos) sea efectivamente aplicada y para impedir que lo sea, de modo que no es necesario que se produzca lesión, funcionando de modo análogo a la acción de amparo, que sólo exige la inminencia o amenaza de una lesión a un derecho o garantía reconocido por la Constitución (14).

III. El Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires (en materia penal)

A. Motivo de casación

El único motivo que da cabida a este recurso opera cuando el juez de grado aplica una norma violatoria de la Carta Magna. Por ello para tener éxito en la impugnación, el quejoso debe acreditar que el dispositivo legal utilizado por el juzgador en la fundamentación del fallo, es inconstitucional.

Esto significa que dicha senda tiene que apoyarse en el vicio -in iudicando- que comete el juez cuando pone en juego un precepto inconstitucional (ley, ordenanza o reglamento, y en general cualquier norma provincial que tenga alcance general).

Se trata entonces de un motivo de casación de los llamados de enunciación sintética ya que el legislador describe la causal sin efectuar una enumeración taxativa.

Cuando este recurso tiene andamio, lo que en definitiva se logra es que el ad quem reconozca que la ley aplicada en el dispositivo sentencial, no encaja con la Carta Magna local; por lo tanto debe disponer que la misma no se utilice para ese litigio.

El efecto producido consiste en que el Máximo Tribunal declara que la ley esgrimida por el sentenciante no es aplicable a dicho proceso.

Claro está que en esta impugnación hay un plus, pues, además del error judicial, hay un defecto legislativo previo al concebirse una regla de derecho que no se acomoda a la Constitución.

En síntesis el motivo en que se tiene que fundar esta vía muestra dos caras: por un lado el defecto del juez, al manipular en su proveimiento un precepto violatorio del art. 57 de la Carta Fundamental; y por el otro, el aludido déficit del órgano legisferante.

Este medio de ataque debe fundarse (tiene que estar motivado) en la existencia de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, tildada de inconstitucional, que haya sido aplicada por el juzgador y que causa un agravio al quejoso (15).

Por ende, no le incumbe a su órbita -no sólo- el "caso federal" que pueda coexistir con el "caso constitucional", aunque se plantee con claridad e inteligencia, sino tampoco el "caso federal" que se concrete en una impugnación a la ley nacional reputada como violatoria de la Constitución nacional, que es de aplicación al proceso. Y muchos menos cabe aún alegar que el texto de una ley "de fondo" es contrario al texto de la Carta Magna provincial, si aquélla es suprema con respecto a ésta (16).

(14) IRIZARRI, Carlos Alberto. Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Astrea, Buenos Aires, 2005. págs. 440/441.

(15) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., págs. 710/711.

(16) IBAÑEZ FROCHAM, Manuel, ob. cit., pág. 420. Véase -también- HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., págs. 720/723, quien enuncia como materias excluidas del ámbito del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, a las violaciones a la Constitución nacional, la reparación de los vicios de procedimiento, la vulneración de preceptos legales de orden constitucional, la invocación del derecho de defensa en juicio y la interpretación dada por los jueces a las normas constitucionales.

B. Procedimiento

1. Sentencias recurribles

Si bien el recurso extraordinario de inconstitucionalidad se encuentra establecido en el art. 161 inc. 1º de la Constitución local y regulado en los arts. 489 y 490 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, ninguna de las mencionadas normas hace alusión a las decisiones susceptibles de ser impugnadas por este medio.

Teniendo en cuenta lo resuelto por el Supremo Tribunal de Justicia bonaerense en Ac. 93.531 y Ac. 97.500 (res. del 6-VII-2005 y 28-VI-2006 -respectivamente-) (17) debe concluirse que el remedio sub examine procede contra las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia (18).

2. Oportuno planteamiento del caso constitucional

Por conducto del recurso de inconstitucionalidad la Suprema Corte controla los fallos de otros jueces -de jerarquía inferior- que deciden sobre la cuestión constitucional.

Esto significa que para que el más Alto Tribunal de la Provincia intervenga a través de este recurso, es preciso: 1) que exista una controversia -oportunamente planteada- sobre la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, y, 2) que la misma sea resuelta por el órgano jurisdiccional a quo por fallo definitivo, y en forma adversa para el peticionario.

Vale decir que las partes tienen la carga de someter esta temática -en tiempo idóneo- a los jueces, para que la decidan en las instancias ordinarias. Por ello no es posible llevar estas cuestiones a la casación si no son articuladas y resueltas ante el magistrado de la causa. Sólo pueden ser propuestos en la instancia extraordinaria, cuando el impugnante no tenga ocasión de hacerlo en las de grado inferior (inconstitucionalidad sorpresiva).

3. Plazos y formalidades. Trámite. Remisión

Esta impugnación debe interponerse directamente ante la Suprema Corte, dentro del plazo de los veinte días contados a partir de la notificación de la sentencia que se pretende impugnar. Debe hacerse por escrito -expresándose los motivos de agravios- y fundarse necesariamente en la inconstitucionalidad de la norma cuya aplicación se discute, siempre y cuando haya recaído decisión sobre el tema (19).

(17) Con el voto de los doctores Negri, Hitters, Genoud, Pettigiani y de Lázzari se expide el Alto Tribunal de Justicia diciendo que "... en cuanto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad, en nuestro país impera el sistema de control difuso que impone a cada uno de los jueces con independencia de su jerarquía el poder-deber de controlar la constitucionalidad de las leyes, en el ámbito de su competencia (art. 57 de la Constitución provincial). En consecuencia no sería posible saltar la competencia del Tribunal de Casación, para llevar a cabo dicha inspección de supralegalidad. La ausencia de normativa expresa, a diferencia del art. 494 para el recurso de inaplicabilidad de ley y el silencio del art. 161.1 de la Carta Suprema bonaerense, no modifica este criterio pues no se le puede privar al vencido, ni restar al órgano casacional penal su competencia para que se ocupe de la supralegalidad provincial y enmiende el eventual error del fallo, antes que el expediente llegue a los estrados de esta Corte..."

(18) En Ac. 98.005 (res. del 27-XII-2006) y Ac. 98.004 (res del 7-II-2007) la Suprema Corte de la Provincia decide que los medios de impugnación previstos en el art. 479 del C.P.P. sólo proceden contra las decisiones dictadas por el Tribunal de Casación (arts. 161 incs. 1º y 3º, de la Const. Prov.; 489, 491 y 494, Cód. cit.) . Además, IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, ob. cit., págs. 417/418 afirma que "... Por sentencia definitiva debe entenderse aquella que dirime el pleito en su fondo; o la que decidiendo artículo, cause gravamen que resulte después irreparable, o que termine el pleito y haga imposible su continuación..."

(19) Véase arts. 483 y 484 del C.P.P. Además por tratarse de un recurso extraordinario debe autoabastecerse, poseyendo autonomía, de modo que del propio recurso y de la documentación que se adjunte deben surgir, en principio, todos los elementos que le permitan a la Suprema Corte decidir el caso.

El trámite que debe seguir es el contemplado en los arts. 486 a 488 del Código Procesal Penal. Interpuesto el recurso, el Máximo Tribunal de la Provincia examina si es admisible (20), dictando una resolución que así lo diga o lo deniegue. Una vez admitido, dictamina el Procurador General -siempre que en el caso haya sido parte el Ministerio Público Fiscal- y dentro del término de tres días contados desde la notificación de la providencia de autos, cada parte puede presentar una memoria referida a tal dictamen. Luego procede a dictar sentencia (21).

A esta senda lo que esencialmente le interesa es la inconstitucionalidad del precepto atacado; aunque indirectamente lo que pretende el quejoso es que no se aplique aquella regla que no se alinea bajo la Carta Fundamental.

Si bien es cierto que el fin de este andarivel es la primacía de la Constitución, no debe olvidarse que no se trata de un remedio en el mero interés de la ley, pues para que tenga cabida es necesario invocar el perjuicio jurídico concreto, es decir, hay que demostrar el agravio sufrido a raíz de la aplicación del dispositivo legal inconstitucional (22).

4. Técnica recursiva. Materia

En lo que atañe a la suficiencia (23) del recurso, el mismo debe cumplir los siguientes requisitos: 1) Hacer referencia -siempre- a la inconstitucionalidad de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, es decir, a cualquier norma de alcance general o abstracto, que estatuya sobre materias regidas por la Constitución local; 2) Invocar un interés jurídico concreto, es decir, el perjuicio, o agravio; 3) No hacer directa alusión a la inconstitucionalidad del pronunciamiento, sino que tal achaque debe apuntar a la norma aplicada en el fallo; 4) Indicar cuál es la cláusula constitucional violada. De ahí que además de la que corresponda en cada caso, conviene hacer referencia al art. 57 de la Carta Magna provincial que le prohíbe a los jueces aplicar reglas inconstitucionales; 5) Hacer hincapié en la inconstitucionalidad de la regla aplicada, pero sin olvidar que hace falta también demostrar la infracción en que incurre el fallador -error in iudicando- al poner en juego una norma inconstitucional, desoyendo el citado art. 57. Es preciso recordar que por este conducto hay que atacar dos déficit, uno del legislador, por dictar un precepto inconstitucional, y otro del juez, por utilizarlo como basamento de su decisorio.

El caso constitucional no cabe introducirlo directamente al interponer el recurso de inconstitucionalidad, pues es requisito que la cuestión se formule previamente ante el Tribunal de grado a fin de que éste emita al respecto decisión expresa que pueda, en su caso, ser llevada por esa vía a conocimiento de esta Corte (24).

C. Contenido de la sentencia

1. Desestimación del recurso

Cuando la Suprema Corte estima que no existe infracción, ni inteligencia errónea o contraria a la Constitución, lo declara así, desechando el recurso con condenación al apelante en las costas causadas.

El recurso puede ser desestimado aunque el “caso constitucional” haya sido acogido en primera o en segunda instancia, o en ambas; porque es siempre la Suprema Corte la que en definitiva decide si la ley, decreto, reglamento u ordenanza local es o no contraria a la constitución local.

(20) La admisibilidad hace referencia a los requisitos formales que deben cumplir el pronunciamiento, el recurso y el recurrente para que la Corte pueda revisar su fundabilidad (así, condiciones del pronunciamiento; aptitud del recurrente; tiempo, lugar y modo de interponer el recurso, etc.).

(21) IRIZARRI, Carlos Alberto, ob. cit., págs. 432/438.

(22) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., págs. 716/717.

(23) La suficiencia se refiere a ciertos requisitos técnicos que, atento la limitada competencia de la Corte derivada de lo extraordinario de la vía recursiva, hacen a la idoneidad o aptitud del recurso, y su ausencia implica el rechazo del mismo sin resolverse la pretensión del recurrente.

(24) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., págs. 719/720.

Con esta declaración de que la ley, decreto, ordenanza o reglamento local impugnado en el caso no es inconstitucional, termina toda discusión sobre el punto dentro del pleito.

En consecuencia, la ley cuya validez se declara así, mantiene toda su eficacia dentro del proceso, con los efectos que le son propios.

Mas la validez no se declara “erga omnes” sino con efecto inter partes, con lo que nada impide que en otro proceso pueda ser impugnada la misma por idénticos u otros motivos (25).

2.- Acogimiento del recurso

Si la Suprema Corte encuentra fundado el recurso, confirma o revoca la sentencia dictada en la instancia anterior que hubiere decidido el “caso constitucional”, pronunciándose a favor o en contra de la validez de la ley; y declara la ineficacia de dicha norma, en el caso.

Con esta declaración de que la ley, etc., es inconstitucional, termina toda discusión sobre el punto dentro del caso.

En consecuencia, la ley impugnada no tiene aplicación en el proceso, pero sólo con efecto inter partes.

Tal declaración no tiene efectos generales y futuros “erga omnes”: la ley subsiste y puede ser aplicada en otro proceso si se la invoca y no se la resiste.

Es claro que un efecto indirecto de tal declaración, en tanto se persista en ella a través del tiempo y de casos, significa prácticamente la anulación de la ley. Entonces el legislador deroga o modifica la misma cuyos graves defectos se señalan y reiteran. Pero mientras esto no suceda, la ley subsiste como acto del Estado, sin que otro órgano que no sea el Poder Legislativo pueda arrogarse la facultad de anularla definitivamente en el tiempo.

Lo mismo cabe decir respecto de los decretos dictados por el poder administrador y de las ordenanzas o reglamentos emanados de entes autárquicos o relativamente autónomos (26).

D. Declaración de inconstitucionalidad de oficio

Siguiendo a Manuel Ibáñez Frocham (27), se sostiene que como el primer deber del juez es observar y aplicar la Constitución, tiene no sólo la facultad, sino la obligación de rehusarse a aplicar una ley que él considere inconstitucional.

Señala este autor que en ningún caso le está permitido a los jueces invalidar motu proprio una ley; ni aún cuando ellos mismos declaran ya su inconstitucionalidad en algún proceso anterior; ni siquiera tampoco cuando la misma declaración es, en otro proceso, la más alta autoridad judicial del país.

Admite que la tesis aludida puede tener algún asidero, no sólo frente al texto del art. 31 de la Constitución Nacional, sino, sobre todo, a la redacción del art. 57 de la Constitución provincial que dice “*Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellas, otras restricciones que las que los mismos permiten o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces...*”

Pero la verdadera regla para el caso -dice- la da más adelante la misma Carta Magna local: “... para resolver acerca de la constitucionalidad e inconstitucionalidad de leyes ... que estatuya sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada.” (art. 161 inc. 1º).

Entiende que sin esta controversia (impugnación) el juez carece de competencia para fulminar por sí la nulidad de un acto propio del Estado, invistiendo al poder judicial de una autoridad sin control sobre el Gobierno del Estado, en cuya virtud le quedarían supeditados los otros poderes.

(25) IBAÑEZ FROCHAM, Manuel, ob. cit., pág. 427.

(26) IBAÑEZ FROCHAM, Manuel, ob. cit., págs. 427/428.

(27) IBAÑEZ FROCHAM, Manuel, ob. cit., págs. 430/434.

Afirma que los jueces no pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley. Ni aún en la hipótesis de que esa inconstitucionalidad se declare ya por los mismos jueces, o por otros, en procesos anteriores. Tal es el verdadero principio que rige la materia a la luz de nuestra organización judicial. Pues se argumenta que la acción supone la existencia de una voluntad legal que garantice un bien al recurrente, lo que obliga a examinar en cada caso y de oficio si la ley que se invoca tiene existencia, si es constitucional; razonamiento que se desvanece frente a esta otra presunción: también se supone que la ley es constitucional. Y debe ser reputada válida mientras la parte interesada no la impugne y el juez declare, en el proceso y caso concreto que decide, su inconstitucionalidad.

Concluye en que el principio "iura curia novit" no tiene aquí función, pues si bien el juez aplica el derecho, no le está permitido juzgar del valor intrínseco o de la equidad de la ley, por lo que insiste en que si los jueces pudieran anular de oficio los actos de los otros poderes, se habría creado una dictadura judicial incompatible con nuestra organización estatal.

Niega pues, en síntesis, que el juez pueda decidir el litigio con la invocación sorpresiva de un hecho no alegado por las partes en el proceso. Si por el contrario lo alegan, el juez tiene la facultad y el deber de pronunciarse, sin que existan dudas sobre sus atribuciones para invalidar un acto del propio Estado.

Si bien Juan Carlos Hitters se ampara en la corriente permisiva (28), sostiene que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tiene resuelto -por mayoría- que los jueces no pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (29) señalando en consecuencia que el Supremo Tribunal local se ha plegado a la postura prohibitiva que -en un principio- sustentaba la Corte Nacional.

Pero en este punto resulta de fundamental importancia recordar algunos de los precedentes de ésta última y observar su evolución, a fin de conocer el criterio que en la actualidad sostiene sobre el tema.

1. El caso "Los Lagos c. Gobierno Nacional"

En junio de 1941, en la causa "Ganadera Los Lagos S.A. c/ Gobierno Nacional", iniciada en 1934, por la que el actor pide la nulidad de un decreto del Poder Ejecutivo Nacional del año 1917, se sienta la siguiente doctrina "*Que, si, pues, el acto administrativo es un acto de autoridad o de poder que lleva consigo como expresión de tal poder la presunción de su validez, será necesaria una investigación de hecho usando los términos del art. 1045 C.C., para determinar la incompetencia o la prohibición del objeto del acto, es decir, una demanda en la cual el que ha recibido el agravio proveniente de la transgresión pruebe la verdad de sus asertos encaminados a destruir la referida presunción de validez*". "*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*".

(28) HITTERS, Juan Carlos. "Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (Necesidad de que la Corte Nacional rectifique sus doctrina)". Revista El Derecho, Buenos Aires, T. 116, págs. 896/908. En el punto III. B) referido a los argumentos doctrinarios a favor de la tesis permisiva, expresa que "... los autores argentinos, salvo escasas excepciones, están por la corriente permisiva, sobre la base de una serie de fundados basamentos... se ha expresado que la temática constitucional es una cuestión de derecho (iuris novit curia) por lo que puede ser resuelta por el juez aun ante el silencio de las partes. Se agregó... que en virtud de la supremacía que impone el art. 31 de la Carta Magna, los judicantes están obligados a aplicarla, con independencia de la voluntad de los interesados. Se añadió... que muchas veces el planteo de inconstitucionalidad surge tácitamente cuando se infiere de la pretensión o de una excepción puestas en juego por los intervinientes en el juicio...".

(29) Véase P. 39.149 (sent. del 29-IX-1992) donde la Suprema Corte bonaerense -en su integración anterior y por la mayoría de sus miembros- conformada por los señores Jueces doctores Laborde, Mercader, San Martín, Salas y Pisano- resuelve que los jueces no pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes ya que la impugnación debe ser alegada y probada en juicio pues es condición esencial de la organización del Poder Judicial que no le sea posible controlar por propia iniciativa la validez de los actos legislativos.

Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el 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 encuentran realmente afectados." "Solo 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"(30).

A partir de este fallo en forma uniforme queda plasmada la postura prohibitiva, reiterándose dichos principios hasta el año 1984.

2.- Un fallo con disidencias: el caso "Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar de Rosario"

Con posterioridad, en el año 1984 y a los fines de resolver la competencia entre el Juzgado de Instrucción de la 10ª Nominación de Rosario (Provincia de Santa Fe) y el Juzgado de Instrucción Militar N° 50 (31), dependiente del Comando del Segundo Cuerpo de Ejército con sede en la misma ciudad, en el marco de la causa presentada para su conocimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación -por simple mayoría (de tres a dos)-, ratifica su opinión prohibitiva en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Dicho cuerpo legal cambia nuevamente su integración, y con el voto de los doctores Carrió, Caballero y Petracchi, que hacen mayoría, mantienen el criterio reinante; mientras que los doctores Fayt y Belluscio, apuntalan la corriente permisiva (32).

El sector que lleva la tesis vencedora opera sobre la base argumental expuesta en el precedente "Ganadera Los Lagos".

En cambio la minoría pretende cambiar el rostro de la problemática y sostiene "*Que esta Corte -en su actual composición- no comparte el criterio sentado a partir de la causa registrada en Fallos 190:98 o 142 -según la edición- y muchas posteriores ... según el cual está vedado a los jueces declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes*"(33). Asimismo considera que si bien los tribunales judiciales no pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de la causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, de ello no se desprende la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho -la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente: *iura novit curia*-. Incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior. En el mismo sentido agrega que de dicha disposición constitucional deriva la facultad de los jueces de cualquier fuero, jurisdicción y jerarquía, nacionales o provinciales, de examinar las leyes en los casos concretos que se presentan a su decisión, comparándolas con el texto y la significación de la Constitución para ver si guardan conformidad a ella, absteniéndose de aplicarlas si las encuentran en oposición; facultad que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes. Finalmente, también indica "... *Que no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes a favor del Judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no*

(30) OTEIZA, Eduardo, ob. cit.

(31) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1984, T. 306, V. 1, págs. 303/322.

(32) HITTERS, Juan Carlos, "Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (Necesidad de que la Corte Nacional rectifique sus doctrina)", ob. cit.

(33) Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario. Considerando 4º).

se produce cuando medie 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 contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso”(34).

3. El caso “Mill de Pereyra”

Aquella minoría que se conforma en el precedente “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario” se transforma en la postura mayoritaria al momento de decidir el Máximo Tribunal nacional el caso “Mill de Pereyra Rita Aurora, Otero Raúl y Pissrello Angel c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa”(35), el 27 de septiembre de 2001. Con el voto de los Ministros Carlos S. Fayt, Augusto C. Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert y Adolfo R. Vázquez, la Corte expresa que *“... no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes a favor del Judicial y en mengua de los otros dos... Tampoco que se opona a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos... Ni puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes...”*(36). Argumenta que el ejercicio de tal facultad en orden a mantener el imperio de la Constitución sólo puede considerarse autorizado en situaciones precisas, y en tanto que su existencia no importa desconocer que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, señala que la declaración de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; que se trata de un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta, en cuyo caso sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa. También afirma que tal ejercicio no supone la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución Nacional; y que sólo produce efectos dentro de la causa, sin tener efecto derogatorio genérico (37).

4. El caso “Banco Comercial Finanzas S.A.”

En esta causa -fallada el 19 de agosto de 2004- la Corte Suprema de la Nación rota el eje de sustentación de su jurisprudencia anterior y, adscribiéndose a la tesis permisiva, permite a partir de entonces la posibilidad de decretar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes. El cambio de decisión se debe a su nueva integración, habida cuenta del plegamiento a esta tesis de los doctores Zaffaroni y Highton; por lo que juntamente con los doctores Belluscio, Fayt, Boggiano y Vázquez -que siempre juzgaron en tal dirección- conforman una mayoría de seis, que apuntala la nueva corriente.

En dicha sentencia se ventila el enfoque supralegal del decreto 2075/1993 con respecto a su validez y aptitud para reglamentar a la ley 21.526 cuya falta de acomodamiento a la Carta Magna del país, se decreta con anterioridad por la Corte federal en cuanto se encuadra como gastos del concurso a las erogaciones y adelantos de cualquier naturaleza efectuados por el Banco Central.

Se puntualiza allí que *“... es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o*

(34) Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario. Considerando 5°).

(35) El Caso Mill de Pereyra y la declaración de inconstitucionalidad de oficio, Revista La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 30-11-2001, págs. 16/36.

(36) Mill de Pereyra Rita Aurora y otros c/ Estado de la Provincia de Corrientes. Considerando 9°).

(37) Mill de Pereyra Rita Aurora y otros c/ Estado de la Provincia de Corrientes. Considerando 10°).

no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ellas...". Asimismo se pone énfasis en señalar que si bien los jueces no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad en abstracto -pauta esta invariable-, *"... no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio iuria novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en el caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir constitucional, desechando la de rango inferior...".* Se añade también que con la posibilidad de marras no hay *"... un desequilibrio de poderes a favor del judicial 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...".* Por último, se deja sentada la idea de que la presunción de validez de los actos administrativos o de los estatales en general, no impide la actuación de oficio, ya que la misma cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que sucede cuando los preceptos se oponen a la Carta Magna; y a la vez que tampoco se afecta el debido proceso legal *"... porque si así fuese, debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas [las partes] so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso..."(38).*

5. Obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Teniendo en cuenta el criterio sustentado por el Máximo Tribunal nacional en relación a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, cabe señalar que el mismo es coincidente con la postura minoritaria de la Suprema Corte provincial en su anterior integración (39).

Pero esta posición sostenida por el Superior Tribunal de Justicia de la Nación ¿resulta vinculante para resolver los casos que se le presentan a su par en el ámbito local?

Sobre el tema se ha expedido la Corte de la Provincia de Buenos Aires -en su anterior composición y por mayoría de sus miembros- al decir que le niega *"... la calidad de vinculante..."* a la *"... jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación..."(40)*. Se señaló, entre otras cosas que *"La obligatoriedad general de [dichas] doctrinas... implicaría introducir un componente externo dentro del sistema del art. 31 de la Constitución Nacional. Además el art. 100 limita la competencia de la Corte Suprema a las particulares 'causas' en que intervenga, restricción que se repite cuando el art. 101 se refiere a los 'casos' en que ejercerá jurisdicción. En cambio la doctrina de la obligatoriedad no encuentra apoyo expreso ni implícito en nuestro ordenamiento jurídico. La decisión final a que se refiere el art. 100 de la Constitución lo es, por cierto, dentro de los límites de las causas en que aquélla se produce".*

Cabe destacar que la Corte bonaerense en causa L. 83.781 caratulada "Zaniratto, Mabel Beatriz contra Dirección General de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires" (41), con el voto de los

(38) B.1160. XXXVI. Banco Comercial Finanzas S.A (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra. Considerando 4º).

(39) Véase en P. 33.842 (sent. del 1-XI-1988) el voto del doctor Ghione que señala que la declaración de inconstitucionalidad de una norma sin invocación de parte no constituye un desborde del Poder Judicial sino, por el contrario, hace a su razón de ser en cuanto una de sus misiones específicas es la de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas en su aplicación al caso concreto; ni se omite aplicar derecho vigente pues su circunscripto desplazamiento en un litigio concreto obedece a que es repugnante a la Constitución y ésta también es derecho vigente; ni se decide "extrapetita", ya que se atiene a las acciones deducidas y a los hechos invocados, condicionando el derecho aplicable a que resulte legitimado por la Constitución; ni se transgrede el derecho de defensa, puesto que tratándose de las acciones y los hechos captados en la litis, tal declaración no es imprevisible y, por consiguiente, no requiere debate previo. Asimismo, véase P. 42.543 (sent. del 5-VII-1996).

(40) Véase P. 39.149 (sent. del 29-IX-1992), el voto de los doctores Laborde, Mercader, San Martín, Ghione, Vivanco, Salas, Negri y Pisano. En disidencia, véase el sufragio del señor Juez doctor Rodríguez Villar.

(41) Si bien la presente se trata de una causa decidida en el ámbito laboral de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, resulta pertinente citarla en esta instancia en virtud de que los Magistrados votantes se expiden particularmente sobre el tema en cuestión: la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

señores Jueces doctores Kogan, Negri, Genoud, Roncoroni e Hitters, resuelve hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte actora y revocar -en consecuencia- la sentencia impugnada, declarando la inconstitucionalidad, en su aplicación al caso, de la Resolución 7/1989 del Consejo Nacional del Salario Mínimo Vital y Móvil. Entre los fundamentos brindados por los Ministros, la doctora Kogan sostiene que “... *El ejercicio de la atribución constitucional que emana del art. 31 de la Constitución nacional, [la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes] constituye una cuestión de derecho y no de hecho, de ahí que la resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de la defensa en juicio, la que no puede ser argumentada frente al derecho aplicable para resolver la contienda...*”, agregando -asimismo- que “... *La declaración de inconstitucionalidad sin invocación de parte no sólo no constituye un desborde del Poder Judicial sino que, por el contrario, hace a su razón de ser, en cuanto una de sus misiones específicas es la de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas en su aplicación al caso concreto y no más allá de eso (y si ello constituyera un avance sobre los otros poderes por cierto que el mismo no resultaría legitimado por la mera petición de las partes)...*” Mientras el doctor Negri señala que “... *la declaración oficiosa de inconstitucionalidad puede y debe hacerse cuando las circunstancias así lo exijan...*” y que “... *El tema de la congruencia constitucional de las normas a aplicar se le plantea al juez antes y más allá de cualquier propuesta de inconstitucionalidad formulada por las partes...*”, el doctor Genoud reitera los conceptos vertidos por el Juez de Lázzari en la causa L. 78.329 (sent. del 24-IV-2003), en tanto el doctor Roncoroni remite a lo expresado por la Corte Federal en el caso Mill de Pereyra (42). Por último el señor Juez doctor Hitters, es quien -previo a arribar a la misma conclusión a la que llegaron por sus colegas- analiza los antecedentes de la institución bajo examen y los cambios jurisprudenciales habidos en el señor del Alto Tribunal nacional, para luego expedirse en relación al sub iudice.

Por último corresponde mencionar que en su actual composición y en el marco de una sentencia dictada el 15 de marzo de 2006 (P. 73.200), la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, abocándose a resolver un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y haciendo referencia al oportuno planteamiento del agravio (en este caso, la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal), decide con el voto de los doctores de Lázzari, Hitters, Soria, Kogan y Genoud que el arduo embate en torno al control constitucional de oficio concluye a partir de la decisión de la CSJN recaída por mayoría en la causa “Mill de Pereyra” del 27-IX-2001. Indica que en definitiva termina prevaleciendo el criterio según el cual: a) La declaración oficiosa de inconstitucionalidad no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás poderes, pues dicha tarea es de la esencia de aquél, siendo una de sus funciones específicas la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por el Ejecutivo y el Legislativo, a fin de mantener la supremacía de la Constitución; b) La presunción de validez de los actos estatales en general no se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio toda vez que, en tanto mera presunción que es, cede cuando los actos estatales contrarían una norma de jerarquía superior; c) Finalmente, no cabe aducir quebrantamiento de la garantía de la defensa de la contraparte. Por último señalan que el control de constitucionalidad constituye una cuestión de derecho que, en cuanto tal, puede ser resuelta por el juez mediante la facultad de suplir el derecho no invocado por las partes (*iura novit curia*) y que la aplicación de este principio incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución.

IV. Conclusión

El art. 161 inc. 1º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone que es atribución de la Suprema Corte bonaerense ejercer la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos

(42) Véase el voto del doctor Roncoroni que expresa que la declaración de inconstitucionalidad de oficio “... ‘es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable... la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa ‘(Mill de Pereyra... considerando 10)’”.

que estatuyan sobre materia regida por dicho Estatuto fundamental y se controvierta por parte interesada.

A su vez el Código de Procedimiento Penal de la Provincia regula en los arts. 489 y 490 el supuesto de jurisdicción por apelación referido a la materia penal, estableciendo el art. 482 de ese cuerpo legal un requisito que no dispone el art. 161 inc. 1º: que se trate de “sentencia definitiva”.

Ambos ordenamientos hacen referencia al recurso extraordinario de inconstitucionalidad, entendido como la vía procesal para acceder derivadamente a la competencia revisora de la Suprema Corte, que ejerce “casación constitucional” cuando se somete a decisión de los jueces de grado un “caso constitucional” en que se cuestione por parte interesada -mediante acción, defensa o excepción- la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, como repugnante a determinado precepto de la Constitución local, y el pronunciamiento es contrario a las pretensiones del recurrente. La declaración, sea a favor de la validez o de la inconstitucionalidad, produce el sólo efecto “inter partes”(43).

Su objeto es imponer la supremacía de la constitución provincial respecto de otras normas locales. En cuanto a su naturaleza, puede afirmarse que se trata -como ya se dijo- de una casación de tipo constitucional, ya que impugna no sólo la validez constitucional de la ley que funda el fallo, sino también el fallo mismo. La procedencia del planteo supone un error del legislador -dictar una norma inconstitucional- y un error del juzgador -aplicar una norma inconstitucional-.

Por vía de este remedio se impugna un tipo especial de errores in iudicando: el que puede cometerse al apreciar que determinada norma local es contraria a la Constitución provincial. Quedan excluidas de su tratamiento las violaciones de la Constitución Nacional, los vicios de procedimiento, las leyes nacionales y la interpretación de los tribunales de cláusulas constitucionales (en tanto no se alegue inconstitucionalidad de norma alguna).

En cuanto a su admisibilidad, son requisitos indispensables: 1) Caso constitucional: debe discutirse la constitucionalidad de una norma local aplicada en la sentencia, excluyéndose de este supuesto los planteos referidos a la inconstitucionalidad en relación a la Constitución Nacional; 2) Planteo oportuno o temporáneo: el planteo constitucional debe ser introducido temporáneamente: en la primera oportunidad en que la parte queda sometida a la norma que cree inconstitucional. Si la parte no plantea la cuestión en la instancia ordinaria, entonces la acepta tácitamente, y no puede plantearla por esta vía. Sin embargo, si la norma inconstitucional recién se aplica en la alzada, entonces se considera oportuno el planteo introducido; y 3) Pronunciamiento contrario a las pretensiones del recurrente: la cuestión debe ser resuelta por el a quo en contra de la pretensión del recurrente, caso contrario no hay interés en recurrir.

En cuanto a los plazos y formalidades para su presentación, se interpone directamente ante la Suprema Corte, dentro del plazo de los veinte días contados a partir de la notificación de la sentencia que se pretende impugnar. Debe hacerse por escrito -expresándose los motivos de agravios- y fundarse necesariamente en la inconstitucionalidad de la norma cuya aplicación se discute, siempre y cuando haya recaído decisión sobre el tema. Admitido por el Máximo Tribunal de la Provincia, efectuado el dictamen por parte del Procurador General -siempre que en el caso haya intervenido el Ministerio Público Fiscal-, la Corte, sin más trámite, procede a dictar sentencia. Esta decisión puede o bien desestimar el recurso (cuando entiende que no existe infracción, ni inteligencia errónea o contraria a la Constitución, manteniendo en consecuencia la validez y eficacia de la ley dentro del proceso) o bien acogerlo (cuando encuentra fundado el recurso, y confirma o revoca la sentencia dictada en la instancia anterior que decide el “caso constitucional” pronunciándose a favor o en contra de la validez de la ley; declarando en definitiva la ineficacia de dicha ley, en el caso).

En relación al vínculo que existe entre este remedio impugnativo y la declaración de inconstitucionalidad de oficio, se dijo asimismo que, el problema surge a partir de la frase final que consagra el art. 161 inc. 1º de la Constitución de la Provincia “se controvierta por parte interesada”, el art. 57

(43) BERIZONCE, Roberto, ob. cit.

también de la Carta Magna local que impide a los jueces aplicar leyes, decretos u órdenes inconstitucionales y la postura adoptada en los últimos años por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los precedentes “Mill de Pereyra” y “Banco Comercial Finanzas S.A.”

Como se sabe, la doctrina fijada -en un primer momento- por el Máximo Tribunal del país prohíbe la declaración de inconstitucionalidad de los dispositivos normativos nacionales sin pedimento del interesado, pues consideran que se trata de una cuestión de derecho, en la cual tiene vigencia el proverbio latino *iura novit curia*.

Hoy, a partir del dictado de aquellos precedentes (Mill de Pereyra, primero y Banco de Finanzas, después), puede afirmarse que la Corte da un paso en su jurisprudencia, dejando establecido que todo juez a la hora de fallar una causa, está obligado en virtud del indicado principio “*iura novit curia*” a dar prelación a la Constitución, y a descartar toda norma infraconstitucional que le sea contraria, lo que equivale a sostener que ha de declarar su inconstitucionalidad aunque esté ausente el petitorio de la parte interesada. Con este caso deja sentado que no se hiere el principio de congruencia; no se fisura la división de poderes; no se falla “*extra petita*” y no se conculca la defensa en juicio. Sostiene que se está ante una cuestión de derecho y, como tal, le incumbe a los jueces resolverla, respetando el plano jerárquico de los planos normativos. Ninguna apelación a la presunción de validez de los actos estatales puede servir para negar el control de oficio, porque la medida de esa validez está dada por la adecuación del acto a la Constitución (44).

Por último, y a título informativo, cabe destacar que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no es vinculante para las decisiones que deban tomar los Superiores Tribunales de provincia, la Corte bonaerense -en su actual integración- no ha resuelto -en el marco del recurso extraordinario de inconstitucionalidad en la esfera propia del derecho penal- ningún caso en el que los Magistrados locales declaren de oficio la inconstitucionalidad de alguna norma.

Si bien han tachado con ese vicio diversos artículos de leyes nacionales (por vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley) (45), en el caso puntual del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, nunca han realizado tal declaración de oficio, exigiendo -por el contrario- la presencia rigurosa de los presupuestos propios de aquél (que exista un debate -oportunamente planteado- sobre la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento; que el mismo sea resuelto por el órgano jurisdiccional a quo por fallo definitivo, y en forma adversa para el peticionario; y que finalmente se controvierta por parte interesada) a fin de que el mismo pueda ser admitido, y así proceder a su correspondiente tratamiento.

V. Bibliografía

- BERIZONCE, Roberto O. “El control de constitucionalidad local en la Provincia de Buenos Aires”. *Revista Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, 1985-IV, págs. 780/789.

- BIDART CAMPOS, Germán J. “El triunfo del control constitucional de oficio”. Artículo publicado en *La Ley Online*.

- Constitución de la Nación Argentina.

- Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

- El Caso Mill de Pereyra y la declaración de inconstitucionalidad de oficio, *Revista La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, 30-11-2001. págs. 16/36.

- Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1984, T. 306, V. 1. págs. 303/322.

(44) BIDART CAMPOS, Germán J. “El triunfo del control constitucional de oficio”. Artículo publicado en *La Ley Online*.

(45) Véase P. 68.706 (sent. del 4-10-2006) y P. 99.241 (sent. del 3-09-2008).

- HITTERS, Juan Carlos. "Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (Necesidad de que la Corte Nacional rectifique sus doctrina)". Revista El Derecho, Buenos Aires, T. 116, págs. 896/908.

- HITTERS, Juan Carlos. Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación. Librería Editora Platense, La Plata, 1998, págs. 667/723.

- IBAÑEZ FROCHAM, Manuel. Tratado de los recursos en el proceso civil. La Ley, Buenos Aires, 1966, págs. 403/434.

- IRIZARRI, Carlos Alberto. Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Astrea, Buenos Aires, 2005, págs. 432/441.

- OTEIZA, Eduardo. "El control de constitucionalidad de oficio". Revista Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, 1986-I, págs. 731/740. ♦