

## **El control de constitucionalidad de oficio**

### **Autores**

**Reviriego, José Antonio**

**Blanzaco, Santiago**

**Graduados UBA**

**I-. El activismo judicial. II-. El sistema de control constitucional en argentina. III- División de poderes. IV-. Conclusiones.**

### **I-. El activismo judicial.**

Entiende Peyrano<sup>1</sup>, que para explicar la mecánica de este instituto, se debe partir de las varias facultades y deberes que los distintos códigos procesales civiles ponen en cabeza de los magistrados a los fines de que cumplan de la mejor manera posible su finalidad de impartir justicia.

Morello, sostiene que esta herramienta se vislumbra en la creatividad de las sentencias, en el protagonismo de los tribunales y en el mejoramiento del servicio de justicia.

La doctrina procesalista nacional, se divide en dos vertientes, la que propicia un activismo responsable del juez y la que entiende que éste destruye las garantías constitucionales que implementa el debido proceso. Esta última posición postula el proceso judicial basándose en la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del debido proceso adjetivo, lo que significa que el mismo se conforma entre dos partes donde el juez debe ser imparcial e imparcial. Este último arbitra el proceso garantizando en todo momento la bilateralidad y el derecho a la contradicción. De este modo, el proceso queda gobernado por el principio dispositivo, no existiendo proceso sin petición de parte, ni actuación de oficio del órgano jurisdiccional.

---

<sup>1</sup> Peyrano, Jorge W., "Sobre el activismo judicial", La Ley 2008-B-837.

Manili<sup>2</sup>, realza que en la práctica, el activismo judicial puede dar las siguientes señales: a) “Crear” derechos, es decir garantizar la protección de un derecho no enumerado por considerarlo de raigambre constitucional, ampliando así la nómina de derechos protegidos; b) Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes; c) Señalarle al Congreso la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia; d) Allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar a través de un salto de instancias; d) Convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales; d) Convalidar excesos del poder en general.

Podemos advertir las implicancias que conlleva el ejercicio de la judicatura y sobre todo, cuando se desenvuelve con el protagonismo aquí delineado.

Peyrano<sup>3</sup>, expuso en su oportunidad cuales deberían ser –a su entender- las directrices o parámetros a seguir por parte de los magistrados civiles o comerciales. De las premisas distinguidas por el autor, destacamos la referida a tener una ***clara conciencia de que también la constitución nacional es una norma legal operativa que puede inspirar soluciones jurídicas concretas***. El distinguido procesalista con ello quiso significar que los principios constitucionales son concebidos como normas jurídicas corrientes que contribuyen a resolver los casos cotidianos. Así, llegada la oportunidad, se puede determinar que deba dejarse de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio.

Berizonce<sup>4</sup>, nos enseña que la visión del juez como protagonista –en y de- las circunstancias de su medio lo inserta en una época de profundas y aceleradas transformaciones que abarcan tanto a la sociedad como al Estado, a los grupos y a los individuos. Comenta el autor que la rapidez de los cambios y su consustancial fugacidad, generadoras de situaciones de crisis permanentes, exigen respuestas cada vez más perfeccionadoras, que son

---

<sup>2</sup> Manili, Pablo, “El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, La Ley 2006-D-1285.

<sup>3</sup> Peyrano, Jorge W., “El perfil deseable del juez civil del siglo XXI”, JA 2001-IV-863.

<sup>4</sup> Berizonce, Roberto O., “El activismo de los jueces”, La Ley 1990-E-920.

incesantemente requeridas de todos pero especialmente de los “poderes políticos” del gobierno y también de los jueces.

Gran repercusión en la cuestión posee la sociedad participativa, toda vez que el protagonismo de los ciudadanos, de las instituciones, de los abogados y críticos doctrinarios, impulsa necesariamente un mayor compromiso de los jueces para brindar soluciones adecuadas a esas necesidades.

## **II-. El sistema de control constitucional en argentina.**

Es importante recordar que los orígenes de nuestro sistema judicial se encuentran en el modelo de la Constitución de Estados Unidos de Norteamericana como lo expresa en su época José Benjamín Gorostiaga, principal redactor del anteproyecto y miembro informante de la comisión de negocios constitucionales del Congreso General Constituyente, al expresar en una de sus intervenciones: “La Constitución de la Confederación Argentina debe ser federal. La comisión ha observado estrictamente esta base organizando un gobierno general para la Republica, dejando subsistente la soberanía e independencia de las Provincias. Su proyecto esta vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos, único modelo de verdadera federación que existe en el mundo” (cita que realiza Enrique S. Petracchi en “Control Judicial en Argentina”, publicado en revista La Ley, T.187-E, sección Doctrina). También es importante recordar que nuestra Constitución Nacional no prevé de manera específica la atribución judicial de controlar la constitucionalidad de las leyes y que tampoco lo previo la Constitución de Estados Unidos, surgiendo como creación jurisprudencial en el famoso caso “Marbury vs. Madison” de 1.803.

Por otro lado, el régimen federal que consagra nuestra constitución, permite que las provincias organicen sus propias instituciones por medio de constituciones locales y garantiza su goce en la medida que se respete el sistema representativo y republicano, de acuerdo a los principios y declaraciones de la Constitución Nacional, asegurando la administración de justicia, el régimen municipal, y la educación primaria. En palabras de Joaquín

V. González, la Constitución Nacional no obliga a que las constituciones sean idénticas, siempre y cuando se aseguren aquellos postulados.

De ahí que no todas las provincias adscriben al sistema de control constitucional vigente en el ámbito nacional, al menos en estado puro. Así, al sistema de control de constitucionalidad de tipo difuso, se introducen variantes que no son propias del esquema clásico, adoptando casi todas un sistema mixto.

En Argentina, el sistema de control está en manos del Poder Judicial, aunque también otros órganos pueden y deben, dentro de sus competencias, ejercer un autocontrol de constitucionalidad<sup>5</sup>. Lo relevante es que no existe un determinado órgano que ejerza el control, sino que por el contrario, todos y cada uno de los jueces tienen la potestad de revisar la adecuación normativa con la Constitución. Esta actividad realizada por los jueces es propia de su función normal y habitual, es decir, tutelar el apego estricto a los principios y garantías fundamentales<sup>6</sup>.

Como regla tenemos que decir que el control en Argentina alcanza toda norma, acto u omisión, tanto estatal como privada.

Si bien fue pacífica la aceptación del control sobre las acciones, no sucedió lo mismo con las omisiones. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tradicionalmente consideraba que no era materia del Poder Judicial exigir un quehacer al órgano administrador o legislador. Sin embargo, desde el *leading case* “Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros” sostuvo, en relación al cumplimiento de los tratados suscriptos por nuestro país, que podía ser incumplido por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hicieran posible su cumplimiento (considerando 16). En consecuencia, también podía violarse la Constitución por omisión de legislar o dictar actos.

Respecto a las normas susceptibles de control, incluso se admitió la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional sea

---

<sup>5</sup> Toricelli, Maximiliano, “*El sistema de Control Constitucional Argentino*”, LexisNexis, Depalma, Bs. As., 2002

<sup>6</sup> Gozáni, Osvaldo Alfredo, “*La Justicia Constitucional*”, Ediciones Depalma, Bs. As., 1994.

por vicios de forma (exceso del plazo prefijado o violación del temario) como por la vulneración de preceptos sustanciales, dando por resuelta una disputa doctrinaria histórica, pero no menos brillante, entre Segundo V. Linares Quintana y Julio Cueto Rua, a propósito de un trabajo de este último titulado “¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?”, publicado en Revista La Ley, T. 36, Sección Doctrina, Pág. 1100 y sigs. La pregunta central en torno de la cual debatían estos grandes juristas era: ¿Es posible que una reforma que se introduzca a la Constitución por Convención Constituyente, sea declarada inconstitucional por el Poder judicial? La respuesta hoy surge más clara que nunca en la propia jurisprudencia de la Corte Suprema. Basta mencionar los autos “Fayt, Carlos Santiago c. Estado Nacional s. proceso de conocimiento”, Fallos 322:1253, CSJN, del 19 de Agosto de 1.999, en donde se declara la nulidad del inc. 4, del art. 99 de la Constitución Nacional por considerar que la Convención reformadora se había excedido en el marco fijado por la ley declarativa de la reforma constitucional Nº 24.309.

También nos interesa remarcar que actualmente se admite que los jueces declaren de oficio la inconstitucionalidad, quedando muy lejos aquel precedente de la Corte Suprema del año 1941, en donde se sostuvo que “...la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos solo pueda pronunciarse a petición de parte, es decir, por aquellos a quienes perjudique...”<sup>4</sup>. Esto no significa tomar partido por la idea de que un juez pueda iniciar un proceso por motus proprio para declarar la inconstitucionalidad de una norma o acto; por el contrario, se requiere necesariamente de un proceso real en donde si a pesar de no ser peticionado por las partes, podrá declararse de oficio la inconstitucionalidad. En tal sentido, se ha pronunciado nuestro Máximo Tribunal al sostener que “es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos” pues no compete al los jueces “hacer declaraciones generales o abstractas” así como que “el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutivas y legislativa, exigen que el requisito de la existencia de caso o controversia judicial sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes”, las causas judiciales

son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación de un derecho debatido entre partes adversarias<sup>7</sup>.

Finalmente, respecto a los efectos, la pregunta a responder es ¿La declaración de inconstitucionalidad de una norma solo tiene efectos entre las partes o también se expande a terceros? Autores de gran prestigio como Bidart Campos<sup>8</sup>, Morello y Berizonce han dado respuestas de importancia práctica a este interrogante. Se ha admitido que la sentencia que acoge la pretensión de inconstitucionalidad produzca efectos erga omnes en forma directa sobre una multiplicidad de personas sin que deban realizar actividad alguna ni haber intervenido en un proceso; o en forma indirecta en aquellos supuestos en los cuales la obligatoriedad del precedente le permite obtener un pronunciamiento judicial que los comprende.

Como sostuviéramos anteriormente, en nuestro país, las distintas provincias –en su mayoría- no siguen el sistema de control constitucional difuso, al menos en la pureza en la que fue concebido tal sistema.

Ejemplo de lo que venimos diciendo son las Constituciones de la Ciudad Autónoma de Bs. As., que en su artículo 113 inc. 2º -en resumidas cuentas- instaura un sistema mixto, toda vez que según los casos, habrá un sistema difuso o concentrado. De desplegarse este último sistema de control, el efecto de la sentencia será derogatorio y por ende de efectos erga omnes.

Sistema similar existe en la Provincia de Tierra del Fuego, que en su Carta Magna local establece que *“Cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma jurídica materia de litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado*

---

<sup>7</sup> Fallos 156:318; 307:2384; 308:1489 y 317:335 entre otros.

<sup>8</sup> Este autor advierte que “...si nuestras leyes han conferido a las sentencias declarativas de inconstitucionalidad en el orden federal sólo el conocido efecto limitado o inter partes (“en” y “para” el caso en el cual se “desaplica” la norma), no media obstáculo constitucional alguno para que puedan en el futuro preferir el otro (amplio o derogatorio), como lo han hecho muchas constituciones provinciales...”. Bidart Campos, Germán, “La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional”, págs. 141-143.

*fehacientemente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido”.*

Vallejos<sup>9</sup>, entiende que la suspensión de la vigencia consagrada importa esterilizar la norma inconstitucional, actuando la resolución del art. 159 de la Carta local con efecto expansivo y para situaciones no judicializadas y a futuro.

Otro ejemplo lo brinda la Constitución de la Provincia de Ríos Negro, en el artículo 208, faculta al Superior Tribunal de Justicia a declarar –bajo ciertos requisitos- abrogada la vigencia de una norma que declare inconstitucional.

Finalmente, mencionamos como ejemplo, de cómo en nuestro derecho publico provincial se encuentran arraigadas estas “tendencias”, el actual proceso de reforma constitucional que vive la Provincia de Entre Ríos, en donde se discutió y emitió dictamen de la comisión competente consagrando el efecto derogatorio de la declaración de inconstitucionalidad por tres veces<sup>10</sup>.

### **III- División de Poderes.**

En base hasta lo aquí expuesto, estaríamos en condiciones de reflexionar acerca de las implicancias que conlleva el ejercicio de la judicatura, en torno al control de constitucionalidad en nuestro sistema. Desde la posibilidad de ejecutar dicho control sólo contra acciones u omisiones, pasando por si dicho ejercicio se realiza a pedido de parte u oficio hasta llegar a la disyuntiva de si es válidamente constitucional que el mentado control se realice facultando al poder judicial a derogar la norma tachada de inconstitucional.

Nos preguntamos, entre tantos matices, cuáles son los frenos y contrapesos que deben guiar a la magistratura a los fines de llevar adelante el imperativo de afianzar la justicia.

---

<sup>9</sup> Vallejos, Roxana, “El efecto expansivo de la declaración judicial de inconstitucionalidad en T. del Fuego”, LL Patagonia 2005, 1323.

<sup>10</sup> En honor a la verdad hay que decir que dicho dictamen será tratado en el plenario de la Convención el día 18 de Julio del corriente año. Lo que interesa remarcar es que la tendencia continúa por los mismos carriles.

Si nuestra Constitución Nacional proyectó un sistema en base a la división de poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, delineando las funciones y atribuciones de cada uno, debemos preguntarnos si no existiría peligro en que el poder judicial asuma funciones de otros órganos, dado que las decisiones del poder judicial poseen una estabilidad superior a la de otras medidas del poder público.

Siguiendo este corredor de ideas, en tanto y en cuanto bajo la forma de un proceso judicial se avance sobre competencias del legislador o de la administración, la voluntad política del pueblo en su actual composición y en las futuras queda vedada y resulta ineficaz para imponerse a la decisión judicial.

Este desarrollo nos permite observar que en aquellos casos en que se soslaye el recaudo de que la sentencia se expida en relación con el derecho debatido, invocado por quién ostenta una condición subjetiva reconocida por el ordenamiento, reivindicable en sede judicial, el poder judicial tendrá la potestad de seleccionar políticas generales de gobierno que no le corresponde asumir según el esquema constitucional.

#### **IV- Conclusiones.**

- En nuestro país el control de constitucionalidad es ejercido por el Poder Judicial en forma difusa, si bien los otros órganos pueden y deben ejercer un autocontrol;
- Se acepta doctrinaria y jurisprudencialmente, amén de importantes y fundadas disidencias, que el control de constitucionalidad puede ser ejercido de oficio, contra toda norma o acto u omisión, estatal o privado, incluso una reforma constitucional;
- La declaración de inconstitucionalidad de una norma por una o más veces produce, en algunos regímenes jurídicos provinciales, la abrogación de la norma;
- El Poder judicial como órgano controlante del “respeto” a la Constitución Nacional, y en su caso, Constitución Provincial, puede declarar la invalidez de una decisión del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo;

- Los jueces ejercen amplias facultades de investigación y decisión en los asuntos que caen bajo su orbita;
- El poder judicial tiene la facultad de control sobre el resto de los poderes, e, incluso, según el régimen jurídico provincial aplicable, podrá producir efectos derogatorios sobre la norma.
- Con fundamento en la supremacía constitucional, el Poder Judicial se encuentra en una situación de predominio sobre los otros poderes.
- Seria adecuado la creación de un órgano que específicamente ejerza el control de constitucionalidad, evitando de esta manera la fisura al principio republicano de gobierno.

