

Control de la constitucionalidad de oficio

Por

Mercedes M. Rodríguez del Sel y Marcelo L. Gallo Tagle

SUMARIO: I. Introducción. II. Evolución de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en el Superior Tribunal de Buenos Aires: Opiniones del Procurador General de la Nación. 1. Corte Nacional: 2. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. 3. Opinión del Procurador General de la Nación. III. Argumentos que sostienen la tesis prohibitiva. IV. Argumentos que promueven la declaración de oficio. a) Funciones del Poder Judicial. b) Que sea ejercido en una causa concreta. c) Presunto desequilibrio con los otros poderes. d) Presunción de validez de los actos estatales. e) No afectar el derecho de defensa de las partes.

I. Introducción

La Constitución además de organizar al estado, reconoce a los individuos un determinado status de derechos y libertades. Es la parte dogmática en la cual aparecen las prerrogativas de los hombres y de las instituciones, sus garantías, acciones, etc.

Al investir así a los sujetos de derecho de tales facultades jurídicas, la constitución obliga a los sujetos pasivos a no conculcar esas atribuciones; es decir, veda las violaciones, los abusos, el desconocimiento de los derechos individuales. Y en esa prohibición involucra como sujeto pasivo universal a todos y a cualquiera: a los particulares, al Estado, a los funcionarios, etc. De tal modo, cualquier acto de la autoridad o de los particulares, contrario a la constitución, puede y debe ser argüido de inconstitucionalidad.

Sin embargo, la revisión judicial en juego, en los planteos de inconstitucionalidad, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un Tribunal, sólo es apte como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de esta índole, sino cuando ello es de estricta necesidad.¹

¹ C.S., Fallos: 252:328, 260:163, entre muchísimos otros. Gialdino Rolando, E., "Un lugar de encuentro en materia de control de inconstitucionalidad", L.L., 1997-C-1013.

Por su gravedad el control de constitucionalidad resulta, entonces, la última ratio del ordenamiento jurídico.²

La misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia no pueden prescindir de la "ratio legis" y del espíritu de la norma, ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial.³

Bajo estos lineamientos, expresados en forma sintética a modo de introito, es que perseguimos analizar la evolución del control de constitucionalidad de oficio, el cual fue sufriendo distintas modificaciones según las épocas y la composición del alto Tribunal.

Es que el derecho es formal y principalmente la conducta justa, la operación rectificadora por la justicia; por lo que a una realidad le corresponde el nombre de jurídica sólo si se refiere o tiene vinculación con lo justo⁴. En otras palabras: el derecho es propiamente lo justo debido por alguien a favor de

otro, por necesidad legal y con estricta igualdad⁵.

Uno de los fines generales y esenciales de la constitución Nacional, expresado en el preámbulo, es "afianzar la justicia". Casares⁶, dice al respecto que se afianza la justicia, sancionando el Estado leyes justas, aplicándolas los jueces estrictamente cuando son justas y negándose éstos mismos a aplicarlas, por respeto a la justicia, que es respeto a la Constitución cuando violan los principios constitutivos del orden justo.

El orden justo no es el que establece un Estado, por el mero hecho de que él lo haya establecido. El Estado no ha de pretender que una norma sea justa porque él la sancione, sino que ha de sancionarla porque la reconoce justa y con arreglo a la Constitución Nacional. Ello determinará la validez o invalidez de las normas inferiores del sistema jurídico positivo.

De estas premisas, se desprende que la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio por parte de los jueces de aquellas normas jurídicas dictadas en contraposición manifiesta a la ley Fundamental, tal

² Kemelmajer de Carlucci, A., "El Poder Judicial", Depalma, 1989, páginas. 235/250.

³ (Fallos 249:37 y sus citas, Bidart Campos, Germán J., "La Corte Suprema", pág. 59).

⁴ Gómez Naar, Verónica y Montenegro, Jorge, "En torno a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad". L.L., 2004-E-647.

⁵ Vigo, "Visión crítica de la historia de la filosofía del Derecho", pág. 16, Ed. Rubinzal Culzoni, 1984.

⁶ Casares, "Justicia y Derecho", pág. 235, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974.

como lo enseña calificada doctrina⁷. De lo contrario, las dos funciones de la ley fundamental, consistentes en su ejemplaridad y en su eficiencia instrumental, quedarán irremediablemente separadas, sirviendo simplemente de modelo o paradigma directriz, pero sin la fuerza suficiente para promover su cumplimiento. No aceptar la viabilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio significa soslayar la obligatoriedad de la Constitución.

En nuestra opinión, conforme lo manifestó el Dr. Villar en la parte final de su voto⁸, los jueces no pueden cerrar los ojos a lo que ven; no pueden declarar ni siquiera provisoriamente eficaz lo que manifiestamente no lo es. En consecuencia, nos parece de toda congruencia y razonabilidad la que se haya reconocido al Juez a la hora de fallar en una causa concreta, la obligación de dar prelación a la constitución y a descartar toda norma infraconstitucional que le sea contraria.

Ello equivale a sostener que ha de declararse su inconstitucionalidad aunque esté ausente el petitorio de parte interesada.⁹

Es que las razones esgrimidas en algunos fallos de la CSJN para sostener la doctrina prohibitiva fueron varias, pero ninguna está libre de serios reparos, lo que evidencia la necesidad de abandonarla (como efectivamente se hizo en el fallo "Banco Comercial de Finanzas" ya que, como es obvio, la autoridad de los precedentes debe ceder ante la comprobación de la inconveniencia del mantenimiento de resoluciones anteriores.

Cerrar los ojos a estas circunstancias y obrar en forma absolutamente burocrática, puede llevarnos al absurdo, como aquel en el que ha caído la CSJN, quien en reiteradas ocasiones había declarado la inconstitucionalidad de leyes en casos análogos, en donde en el caso "Peyrú, Osvaldo Jorge"¹⁰ por no oponer el actor la inconstitucionalidad como defensa, no la declaró, aplicando una norma nula, contrariando su propia jurisprudencia, quien consideraba a aquella ley inválida e inaplicable por ser contraria a la Constitución.

El control de constitucionalidad es propio del juez, o mejor, de todos y cada uno de los jueces, sean federales, nacionales o provinciales. Además se trata

⁷ Idem nota n° 4 y sus citas.

⁸ Citando al Dr. López Olaciregui en el fallo plenario dictado por la Cámara Nacional en lo Civil el 8 de noviembre de 1973, *in re*: "M. G. de Z., M. s/ Sucesión"; pub. en ED. 54-137; L.L., 100-187 y en J.A. 96-II-603.

⁹ Bidart Campos, Germán, "El triunfo del control de constitucionalidad de oficio" (publicado en "La Ley" *on line*).

¹⁰ Fallos: 310-1401; L.L., 1987-E-597.

de una atribución exclusiva de ellos. El control de constitucionalidad integra la jurisdicción¹¹. Los jueces no son puestos para satisfacer intereses académicos¹². Para nuestro ordenamiento jurídico y para muchos otros, "el derecho lo sabe el juez", en otras palabras, este no se encuentra sujeto a las alegaciones, errores y omisiones que sostengan las partes sobre el derecho aplicable al litigio. El juez es el legislador del caso que le está sometido. Por más que ese acto suyo, innegablemente normativo, esté subordinado a la ley que ha de aplicar; la aplicación no puede consistir sólo en remitirse a ella, pues la singularidad de cada caso es absoluta. Y como en esa singularidad está aquello sobre lo cual tiene que recaer concretamente el acto de justicia, hay un extremo de la decisión del juez que debe comunicar no ya con el texto de la ley, en una generalidad no está la particularidad juzgada, sino con esa superior intención o finalidad de justicia la sentencia, justicia en acto, opera sobre la singularidad concreta y contingente y tiene que hacerse cargo de ella según el afán que cada día trae consigo¹³. El control de constitucionalidad, en consecuencia, debe ser ejercido con suma prudencia.

Somos conscientes de que algunos autores sostienen que las cuestiones a ser re-

sueltas por el Poder Judicial deben provenir de una precisa elaboración, producto del choque entre los argumentos de las partes opuestas, que exploren todos los aspectos de la multifacética situación que comprende los intereses y reclamos en conflicto. La existencia de una oposición concreta entre las partes anima y da agudeza a la formulación de las alegaciones de las que depende un tribunal, en gran manera para iluminar la dificultad de las cuestiones constitucionales.

La ausencia del proceso discursivo ensombrece la cuestión constitucional a los ojos del sentenciante cuando, precisamente sobre aquella, debería recaer la más abundante luz, por su magnitud en el juego de las instituciones¹⁴. Pero en el desarrollo de este trabajo intentamos mostrar que tampoco éste es un argumento que resulta contundente para impedir el control de oficio.

II. Evolución de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el Superior Tribunal de Buenos Aires. Opiniones del Procurador General de la Nación

1. Corte Nacional:

La Corte no siempre ha exigido la ex-

¹¹ Idem nota N° 1.

¹² *Justice Frankfurter*, en *Rice v. Sioux City Cemetery*, 349 U.S., 70, 74. Citado por Gialdino, en el trabajo mencionado en la nota anterior.

¹³ Casares, Tomás D., "La Justicia y el Derecho", Abeledo Perrot Buenos Aires, 1974, 3° ed., páginas 156 y 157.

¹⁴ Gialdino, Rolando E., "Un lugar de encuentro en materia de control de constitucionalidad" L.L., 1997-C-1013.

presa petición de parte para ejercer el control de constitucionalidad. En su primera época constitucional, la CSJN confirma una sentencia que declaraba de oficio la inconstitucionalidad de una norma¹⁵. Con posterioridad a este fallo y hasta 1940, el alto Tribunal no se expide sobre la exigencia del expreso pedido de parte para ejercer ese control.

Una antigua y consolidada jurisprudencia de la Corte, señalaba que la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos sólo puede pronunciarse a petición de parte interesada¹⁶, estándole vedado a los jueces declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas.¹⁷

Si analizamos este tema del control de constitucionalidad de oficio, circunscribiéndolo a la CSJN, no logra discernirse una posición precisa sobre el particular, sino sólo criterios pragmáticos hasta que a partir de 1941 y hasta 1984, se consagra como regla general que el control de constitucionalidad no puede ser decretado de oficio, salvo cuando se tratara de mantener la

independencia del Poder Judicial o preservar su integridad. Así, en "Ganadera Los Lagos" el principal argumento es la preservación del principio de división de poderes, que de otro modo quedaría conculcado¹⁸. Luego, desde 1984 hasta 2001, comienza a replantearse el control de constitucionalidad de oficio, si bien de manera incipiente, a través de votos de minoría de distintos Ministros, como en el caso de "Instrucción Militar n° 50 de Rosario" en que Fayt y Belluscio argumentaron que la facultad de los jueces de aplicar el derecho que las partes no invocan (*iurua novit curia*) incluye el deber de mantener la supremacía constitucional prevista por el art. 31.

Boggiano hizo lo propio en "Ricchi c/ Autolatina"¹⁹, entre otros fallos, con similares argumentos a los vertidos por Fayt y Belluscio en el precedente mencionado¹⁹, a los cuales se agregan los que posteriormente sostiene la mayoría en el caso "Banco Comercial de Finanzas" (Dres. Fayt, Belluscio, Boggiano, Vázquez, Zaffaroni y Highton de Nolasco).

¹⁵ "Vicente Casares e Hijos c/ Sivori y Schiaffino" del 17/12/1872 (Fallos 11-257).

¹⁶ Causa: "S.A. Ganadera "Los Lagos" c/ Nación Argentina", ver Fallos: 190:98.

¹⁷ (Fallos: 199:466; 200:189; 202:249; 204:671; 205:165 y 545; 242:112; 248:702, 840; 249:51; 250:716; 251:279 y 455; 252: 328; 253:133; 254:201; 257:151; 259:157; 261:278; 267:150; 269:225; 282:15; 284:100; 289:177; 291:499; 303:715; 304:967; 306:303; 310:1090; 311:1843, 2088; 313:1392).

¹⁸ Fallos 190:142.

¹⁹ *Idem* nota N° 4 y Gómez, Claudio, "Control de constitucionalidad de oficio en la CSJN, publicado en L.L., 2003-A-230.

2. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires:

Este Tribunal integrado por Pettigiani, Salas, de Lazzari, Ronconi, Negri, Kogan y Hitters, en diciembre de 2003, se pronunciaron in re: "Yeri Lidia c/ Clínica San Nicolás"²⁰, dejando sentado que la inconstitucionalidad de una norma no puede declararse de oficio por los jueces y su requerimiento debe ser formulado en la primera oportunidad procesal propicia y respetando la audiencia de la contraria.

Semejante criterio fue mantenido en oportunidad de pronunciarse en la causa "Banco Comercial de Finanzas" y que fue modificado por la CSJN. Conforme se adelantara en el punto precedente.

3. Opinión del Procurador General de la Nación:

Al pronunciarse el Dr. Nicolás Eduardo Becerra (26/6/2000), en el caso "Rita Mill de Pereyra" sostuvo que, respecto de la declaración de oficio sobre la inconstitucionalidad de la ley nacional 23.928 significó, por una parte, dejar de lado la antigua doctrina de la Corte sobre la materia, sin aportar nuevos fundamentos y, por la otra, afectar el derecho de defensa de las partes contendientes, tanto de los actores -que no lo solicitaron- como

del Estado demandado, que no tuvo oportunidad de expresar su posición sobre la constitucionalidad de la norma.

En consecuencia se enroló en la tesis prohibitiva, encajado en los tradicionales fallos de la CSJN que se pronunciaban en ese sentido.

Posteriormente, cuando debió opinar en el caso "Banco Comercial de Finanzas"²¹, coincidió con los precedentes de Fayt y Belluscio proponiendo hacer lugar a la queja, revocar el fallo de la Corte de la Pcia. de Buenos Aires y mantener la declaración de inconstitucionalidad decretada por la Cámara de Apelaciones del distrito judicial de Bahía Blanca.

III. Argumentos que sostienen la tesis prohibitiva

A favor de esta tesis se ha señalado que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de "poder" que no le sea dado controlar por propia iniciativa -de oficio- los actos legislativos o los decretos de la administración, en virtud de que, para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio entre los tres poderes, resulta indispensable que exista en pleito una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a

²⁰ LLBA, 2004-288.

²¹ Buenos Aires, 30 de abril de 2003.

pedido de algunos de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios o garantías de la Constitución Nacional ²².

No es dable a los jueces, en consecuencia, si los textos respectivos no han sido objeto de planteamiento y tacha de inconstitucionalidad por el eventual afectado, expedirse de oficio al respecto, doctrina de la que sólo cabe prescindir cuando la norma cuestionada afecta la autonomía funcional del Poder Judicial, se trata de reglamentaciones legales que exceden las atribuciones jurisdiccionales de los tribunales, o cuando la Corte hizo ejercicio de las facultades derivadas del art. 113 de la Constitución Nacional ²³.

Uno de los principales propulsores de la tesis prohibitiva era el Dr. Eduardo Moline O'Connor, junto con los Dres. Petracchi y Nazareno, aun en el fallo "Rita Mill de Pereira". Allí el Ministro mencionado en primer término sostenía, recordando a Cooley²⁴, que es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos se encuentren realmente afectados. Sólo entonces, la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima, pues la norma se presume constitucional y "sólo cuando una persona intenta resistir la aplicación de una ley a un caso concreto y,

de ese modo, solicita la ayuda del Poder Judicial para que se declare su inconstitucionalidad, dicha objeción puede ser sustanciada". Sin este freno, se afirmó, 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 tal interpretación restrictiva del ejercicio del control de constitucionalidad encuentra su fuente de legitimación en la misma raíz filosófica de nuestro sistema democrático, que reconoce como modelo institucional al plasmado en la Constitución de los EE.UU. Dentro del orden constitucional que nos rige, la atribución de dictar las leyes constituye una facultad privativa del Congreso de la Nación, cuya actuación se presume cumplida en forma regular. Asimismo, por la vigencia del régimen representativo republicano, el pueblo no delibera ni gobierna sino por sus representantes y son éstos los encargados de dictar las leyes, por la delegación que implica la elección popular con esa finalidad.

En este contexto de legitimación institucional, configura -por lo menos- una "anomalía" que un individuo (el juez) o un grupo mínimo (los miembros de la Corte Suprema de Justicia) puedan adoptar decisiones contrarias a los ac-

²² (Fallos: 190:98 ya cit.; 234:335; 310:1401).

²³ (Fallos: 185:140; 238:288; 306:8; 314:948; 318:1772).

²⁴ Cooley, Thomas M., 7ª edición, Boston: Little, Brown and Company, ed. 1903, pág. 228.

tos del Congreso y del presidente, representantes de la voluntad popular expresada en las urnas²⁵ ello, en tanto, importaría el desconocimiento de la voluntad expresada a través de los actos electorales por parte de órganos no sometidos al control electoral ni a la renovación de sus empleos, los cuales -eventualmente- podrían alzarse contra la supremacía de las mayorías, invalidando sus decisiones. Explica por ello Cooley que el control de constitucionalidad es una tarea en extremo delicada, pues "constituye un acto solemne el declarar que un cuerpo de hombres, a quienes el pueblo les ha confiado la soberana función de sancionar las leyes para el bienestar de la comunidad, ha violado aquellas limitaciones que le fueron impuestas como autoridad delegada y, por ende, usurpado el poder que el pueblo cuidadosamente reservó para sí.

A mayor abundamiento, en ese sentido también se esgrimió que este poder para declarar sin valor las leyes contrarias a la Constitución "es la última y más segura garantía de los particulares contra la omnipotencia legislativa que, por error o falta en el ejercicio del mandato legislativo, fácilmente puede degenerar en despotismo. Ello es así

pues los legisladores tienen medida su autoridad por la Constitución; son elegidos para hacer lo que ésta permite y, nada más. Prestan juramento solemne para obedecerla y sostenerla. Cuando descuidan estas prescripciones, usurpan la autoridad, abusan de la confianza en ellos depositada y violan la promesa que por el juramento han confirmado²⁶.

Aún cuando no compartimos esta tesis prohibitiva y nos parece muy elocuente para refutarla, la contradicción en que incurre la CSJN en el precedente "Peyrú, Osvaldo Jorge" (citado en la nota a pie de página n° 10) (entre otros argumentos que se señalarán en el capítulo siguiente), se impone destacar que el Dr. Moline O'Connor en su voto *in re*: Rita Mill de Pereyra", responde a esa contradicción señalando que, una decisión sobre constitucionalidad, "afecta únicamente a las partes y no es un juicio contra la norma"²⁷

De este modo, como lo ha expresado la jurisprudencia norteamericana, "una norma puede ser inválida cuando es aplicada en una situación fáctica y, sin embargo, ser válida cuando es aplicada a otra"²⁸.

²⁵ Lowenstein, "Teoría de la Constitución", pág. 314, Ed. Ariel, 1965.

²⁶ González, Joaquín V., con cita de Cooley, en "Manual de la Constitución Argentina", Ed. Estrada, año 1971, pág. 317.

²⁷ (Conf. Gunther, Gerald y Sullivan, Kathleen M.; "Constitutional Law", 13ª edición, págs. 26/27, University Casebook Series, 1997).

²⁸ ["Dahnke-Walker Co. v. Bondurant", 257 U.S., 282; "Yozoo & M.R.V.Co. v. Jackson Vinegar Co.", 226 U.S., 217; "Poindexter v. Greenhow", 114 U.S., 270, 295; "St. Louis, Iron Mountain & Southern Ry.Co. v. Wynne", 224 U.S., 354; "Kansas City Southern Ry.Co. v. Anderson", 233 U.S., 325].

En consecuencia, según los seguidores de esta tesis, ni la Constitución de los Estados Unidos ni la nuestra, al dar al poder judicial la facultad de verificar la constitucionalidad de las leyes, han violado el principio de separación de poderes. No lo han investido con un poder ilimitado y sin restricciones, capaz de subordinar a su capricho a los otros. La primera de las limitaciones a ese poder de las cortes es que *nunca el poder judicial procede de oficio*, sino a requisición de la parte interesada en una causa particular²⁹.

Al individuo le cabe, pues, esta iniciativa: es el único legitimado para ello y el juez -revestido de imperio- hace valer la protección invocada por quien padece la invasión de su zona de autogobierno.

IV. Argumentos que promueven la declaración de oficio

Aquí se analizará, no sólo la función del poder judicial, sino fundamentalmente los criterios tenidos en miras por la CSJN para sostener el criterio proclive al control oficioso de constitucionalidad. Para ello se analizarán los sucesivos fallos de la CSJN en los cuales se da respuesta a los distintos argumentos que propugnan la tesis prohibitiva.

a) Funciones del Poder Judicial:

La Corte tiene a su cargo el ejercicio de una de las funciones del poder estatal, el cual -en la teoría constitucional, como es sabido- resulta único. En este sentido, coparticipa en la actuación del poder del Estado teniendo a su cargo, entonces, como órgano de gobierno, funciones políticas en el más elevado sentido del vocablo. Esa condición de poder político que asiste a la Corte fue tempranamente reconocida en las decisiones de ese Tribunal³⁰.

En concreto, la Corte es titular de uno de los departamentos del gobierno federal, cabeza del Poder Judicial de la Nación y órgano supremo de la organización judicial, poseyendo desde tal punto de vista formal, la misma jerarquía que los poderes Ejecutivo y Legislativo³¹.

Como cabeza de poder, tiene diversas funciones institucionales destacándose, entre otras, la de ejercer la jefatura de la justicia federal, y la de ser depositaria de la representación del Poder Judicial para la defensa de su independencia frente a las intromisiones de otros poderes del Estado, lo cual se funda en la necesidad de mantener la unidad y el orden indispensables del Poder Judicial y en la significación jerárquica de la Corte.

²⁹ González Calderón, Juan A., "Derecho Constitucional Argentino", Tomo I, pág. 479, Lajouane Editores, 1930.

³⁰ Fallos: 1:32 y 33:162 (casos "Ríos" y "Elortondo, viuda de", respectivamente).

³¹ Fallos: 137:47; 235:662.

Por cierto, esa función de representación no incumbe a ningún otro órgano judicial, concentrándose en la Corte la trascendente misión de encauzar las relaciones institucionales con los otros poderes de la Nación, para evitar la disparidad de decisiones frente a situaciones análogas (acordada 3 del 10/3/00, Fallos: 323:1291).

Algunos autores afirman que la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994, autoriza el control de constitucionalidad de oficio, fundándose en el nuevo art. 43³². Dicha tesis ha logrado su adhesión en Congresos Nacionales³³. Ahora, si bien entendemos que la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio nos viene desde nuestras bases constitucionales, como se afirmó, de aquella norma no surge la mentada posibilidad, ya que establece que el juez "podrá" declarar la inconstitucionalidad de la norma, lo que nos advierte que el verbo "poder" da una potestad al Juez, permitiendo que el magistrado se niegue a declarar la inconstitucionalidad de la norma. Habiendo, por ello, criticado la redacción de la norma constitucional (art. 43), porque la declaración de inconstitucionalidad de una nor-

ma incompatible con la Constitución no es una potestad del juez, sino una obligación. Es un deber si no se quiere aplicar mal el derecho, es decir, dictar una sentencia inconstitucional³⁴.

b) Que sea ejercido en una causa concreta

El control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y la facultad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o lo hacen erradamente (*lura novit curia*) incluye el deber de mantener la supremacía constitucional. Ello sólo puede ejercer dentro de un proceso judicial en trámite, desde que la Corte no es un órgano consultivo. Su deber es el de decidir en un caso concreto y decidir de acuerdo con la ley³⁵.

Debe ponderarse que su ejercicio no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución Nacional o de ésta, a efectos de resolver un conflicto contencioso en los términos del art. 2° de la ley 27³⁶.

³³ XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Corrientes, agosto de 1997.

³⁴ Gómez, Claudio, "Acción de Amparo. Nuevas fronteras" Cap. V, n° 2, pág. 112, *Advocatus*.

³⁵ Sola, Juan Vicente, "Control judicial de constitucionalidad", Ed. Abeledo Perrot, año 2001 pág. 271.

³⁶ Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 4°.

También deberá tenerse presente que de acuerdo a la doctrina de la CSJN, las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley, sólo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron y no tienen efecto derogatorio genérico³⁷.

Otro argumento esgrimido en defensa de la declaración de oficio, analiza el equilibrio armónico que debe existir entre las normas, para evitar ponerlas en pugna. En esa línea argumental, debe tenerse presente que la interpretación de la Constitución debe realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para tal fin, cada una de sus normas debe considerarse de acuerdo al contenido de las demás; la inteligencia de sus cláusulas debe cuidar de no alterar el equilibrio del conjunto³⁸.

En la búsqueda de esa armonía y equilibrio, debe evitarse que las normas constitucionales sean puestas en pugna entre sí, para lo cual se debe procurar dar a cada una el sentido que mejor las concierte y deje a todas con valor y efecto.

También se hizo referencia a este punto en el fallo "Banco Comercial de Finanzas" señalando nuevamente que no es necesaria la petición expresa de la parte interesada pues, como el con-

trol de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente. Trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*" incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos: 306:303, considerando 4° del voto de los jueces Fayt y Belluscio).

La CSJN no actúa como un órgano de consulta, por eso no se pronuncia en abstracto sino en una causa concreta. Ahora bien, en esa línea de pensamiento cabe destacar que, el argumento central de la Corte Suprema en el mencionado fallo "Banco Comercial de Finanzas" consiste en que la atribución-deber que compete a los jueces y tribunales de justicia de abstenerse de aplicar las leyes que no guardan conformidad con la constitución, es una cuestión de derecho y no de hecho, en virtud de lo cual no hay necesidad de que alguna de las partes la invoque, ya que como es sabido, asiste a los jueces el deber de calificar y aplicar la norma que corresponde al caso llevado su decisión de conformidad al citado -y ya repetido varias veces- principio *iura novit curia*.

Dicho deber incluye la manda de preservar la supremacía de la Constitución

³⁷ Fallos: 247:700; 248:702; 255:262; 264:364; 315: 276; 322:528, entre muchísimos otros.

³⁸ Fallos: 296:432.

Nacional (art. 31 Const. Nacional) aplicando, en caso de colisión de normas, aquella de mayor jerarquía³⁹.

c) Presunto desequilibrio con los otros poderes

No existe un desequilibrio en relación con los otros poderes a favor del judicial, dado que es inconsistente afirmar que existe un avance sobre los otros poderes cuando una norma es declarada inconstitucional de oficio, pero que ello no sucede cuando la misma declaración se realiza a petición de parte.

Así fue postulado el tema en el voto de los jueces Fayt y Belluscio en el caso de Fallos: 306:303⁴⁰, donde se expresó que "no puede verse en la admisión de esa facultad 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.

Cuando se dice que la revisión de constitucionalidad de los actos de gobierno, en ningún caso puede considerarse como menoscabo del principio de separación de los poderes públicos,

se funda tal aserto en las limitaciones y restricciones que impiden la desnaturalización de dicha función. Linares Quintana⁴¹, señala como tales la necesidad de que exista un "caso" -esto es, que el juez sólo puede expedirse en una causa judicial promovida a instancia de parte interesada, que no puede resolver cuestiones políticas como tampoco entrar en el examen de los propósitos que inspiraron al Poder Legislativo la sanción de una ley, que sus decisiones sólo produce efecto inter partes, dejando en pie a la norma aunque no la aplique en el caso que se juzga y, finalmente, que debe conformar sus fallos a las decisiones que en casos análogos haya dictado la CSJN, haciendo jurisprudencia.

Por el contrario, otros sostienen que el control de constitucionalidad de oficio no debe quedar circunscripto a casos de "gravedad institucional", rigiendo la política judicial de *self restraint* para asuntos en que sólo se ventilan intereses privados disponibles⁴² porque, el interés de las partes en juicio, no es suficiente para privar de imperatividad y supremacía a la Constitución Nacional (art. 31).

Destacada doctrina nacional había vinculado esta facultad judicial con la

³⁹ Idem nota 4.

⁴⁰ "Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario", Fallos: 306:303.

⁴¹ "Gobierno y Administración de la República Argentina", pág. 214, Tipográfica Ed. Arg., Buenos Aires, 1946.

⁴² Zavala de González, Matilde, "Doctrina Judicial. Solución de casos", Tomo 2, pág. 87 y ss. Ed. Alveroni, Córdoba, 1999.

correcta administración de justicia, al calificar de inconsistente la argumentación de la Corte en sus anteriores precedentes denegatorios de la posibilidad de declaración de oficio⁴³, relativa al crecimiento excesivo del poder de los magistrados que ello ocasionaría: "tal alegación es inconsistente, ya que si la constitución es la ley suprema debe ser efectivizada por los jueces, aunque las partes no la invoquen, como deber propio de una correcta administración de justicia y sobre la base del principio *iuria novit curia*"⁴⁴.

En consecuencia, esta atribución no sólo favorece un mejor servicio de justicia sino que coloca al Juez en su real dimensión como integrante de un poder judicial, esto es, ubicado en el nivel institucional de un poder gubernativo de la misma jerarquía que el legislativo y el ejecutivo, junto con los cuales integra en pie de igualdad el gobierno estatal. Ello así porque sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir que es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma.

El *Chief Justice Marshall* en "*Marbury vs Madison*" señalaba que "hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla,

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 naturaleza.

d) Presunción de validez de los actos estatales:

Esta presunción de validez cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, como lo es la Constitución Nacional.

Cierto es que se argumentó que el control constitucional de oficio, resulta contrario a la presunción de legitimidad de los actos del Estado⁴⁵.

La fragilidad de este razonamiento surge ni bien se aprecia que esa misma presunción existe cuando el control constitucional resulta habilitado por una petición de parte, sin que en tal caso su presencia forme óbice insalva-

⁴³ Fallo Tumini (Fallos 306:2023).

⁴⁴ Saques, Néstor, "Elementos del derecho constitucional", Tomo 1, pág. 231, 2ª edic. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997.

⁴⁵ Fallos: 234:335.

ble alguno para la procedencia del planteo. En ese sentido, también cabe observar que si, como es notorio, la presunción de legitimidad del acto estatal cae frente a la comprobación de su inconstitucionalidad instada por una parte, no se ve porque no debería ocurrir lo mismo cuando el examen constitucional se hace de oficio en un caso dado. Luego, lo razonable no es sostener que el control constitucional de oficio resulta contrario a la vigencia de la apuntada presunción, sino afirmar que esta última siempre debe ceder frente a la inconstitucionalidad comprobada, sea a pedido de parte o de oficio, en cualquier caso judicial.

Si bien el art. 2° de la ley 27 establece que la justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte, tal prohibición no apunta a los actos del procedimiento ya iniciado, ni a las cuestiones que son típicamente de derecho, sino a la posibilidad de instar oficiosamente una causa para hacer declaraciones generales o abstractas. A lo que no es inapropiado agregar que el art. 3° de esa misma ley, claramente se afilia a la posibilidad del ejercicio de un control constitucional de oficio, al establecer que uno de los objetos de la justicia nacional "... es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella...".

En consecuencia, esa presunción de validez cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución. Por último, no 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.

Si dos leyes entran en conflicto entre sí el Tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidir conforme a la ley desechando la constitución, o conforme a la constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia⁴⁶.

e) No afecta el derecho de defensa de las partes

No lo afecta ni lo menoscaba, pues si así fuera también debería descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal invocada por las mismas, con el pretexto de no haber podido los interesados alegar sobre su aplicación al caso.

⁴⁶ Gómez, Claudio, "Control de constitucionalidad de oficio en la CSJN", L.L., 2003-A-230.

En cuanto actúa la CSJN en su condición de cabeza del Poder Judicial y a los fines de cumplir con las trascendentes funciones institucionales antes aludidas, la Corte no precisa del planteo de caso o controversia judicial alguna. Tampoco requiere del estímulo que provee la petición de parte legitimada, pudiendo obrar de oficio, inclusive a los fines de declarar la inaplicabilidad o nulidad de normas que afectan el ejercicio de la función judicial.

También se esgrime en cuanto a esta alegada violación del derecho de defensa que derivaría de no haberse oído previamente a las partes respecto de las normas invalidadas por el a quo -sancionadas con ulterioridad a la traba de la litis- lo cierto es que 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 en la medida en que el derecho de defensa de las partes aparece debidamente resguardado con el procedimiento cumplido en esta instancia⁴⁷.

En cuanto a la actuación de oficio del Juez, cabe señalar que el control de constitucionalidad, constituye una cuestión de derecho, in sita en la facultad de los jueces que se resume en el antiguo adagio romano *iura novit curia* y que incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución.

Este principio, por el que se le concede a los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que invocan erróneamente, incluye el deber de mantener la jerarquía normativa de nuestro orden jurídico, de allí que una sentencia que aplique normas inconstitucionales se subleva en contra de aquélla.

En efecto, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia -nacionales y provinciales- de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituye uno de los fines superiores y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos, atribución que es derivación forzosa de la distinción entre los poderes constituyente y legislativo ordinario que hace la Constitución y de la naturaleza necesariamente subordinada del segundo⁴⁸.

V. Situación actual en las Cortes Provinciales

A la fecha de presentación de este tra-

⁴⁷ Voto del Dr. Bossert en "Rita Mill de Pereyra". Conf. además arg. Fallos: 311:1114.

⁴⁸ Fallos: 33:162, 194.

bajo, distintas situaciones se presentan en las Cortes de Justicia de las Provincias. Ello así, porque en algunos supuestos, ciertas Constituciones Provinciales imponen a los jueces la obligación de tratar la constitucionalidad de las leyes aún de oficio.

Otras Constituciones, como la de la Provincia de Buenos Aires, que nada prescribe sobre el particular, llevan a que el criterio de la Corte de aquella Provincia siga las pautas prohibitivas esgrimidas por la Corte Nacional y que fueran detalladas en el acápite tercero de este trabajo.

A modo de ejemplo de los casos mencionados en el primer párrafo de este capítulo, puede señalarse lo resuelto por la CSJN donde señaló que *"no incurre en arbitrariedad la sentencia que declaró de oficio la inconstitucionalidad de una ley, en tanto los arts. 9° y 132 de la Constitución de La Rioja imponen a los jueces la obligación de pronunciarse a requerimiento de parte o de oficio sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas o disposiciones contrarias a la carta fundamental de la provincia"* (Fallos: 311:1855).

Por su parte, en el caso "Banco Comercial de Finanzas" la Corte de la Pcia. de Buenos Aires, siguió enrolada en el viejo criterio de la CSJN y desestimó la posibilidad de admitir el con-

trol de oficio de la constitucionalidad.

El Superior Tribunal de Justicia de Buenos Aires basó su argumento en la preservación de la división de poderes en el plano institucional, rebate que resulta inconsistente que tal principio no sea conculcado cuando existe petición de parte y si, en cambio, cuando la hay. En cuanto a la presunción de validez y legitimidad de que gozan las leyes como actos estatales, señala que tampoco se contraponen a la facultad de declaración de oficio, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior.

VI. Situación actual en la CSJN

Caso Rita Mill de Pereyra⁴⁹

En este proceso la Dra. Rita Aurora Mill de Pereyra y otros magistrados del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, promovieron acción contencioso administrativa contra dicho Estado, con el objeto de obtener el pago de las diferencias existentes entre el importe nominal de sus haberes y las sumas que resulten de la actualización de tales montos, en función de los índices oficiales de precios al consumidor, entre el 1° de enero de 1984 y el 30 de abril de 1988.

Fundaron su pretensión en el art. 143 de la Constitución Provincial que, al igual que el art. 96 de la Constitución

⁴⁹ CSJN "Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa" del 27 de septiembre de 2001 (M. 102. XXXII., M. 1389. XXXI).

Nacional (art. 110 en el texto de 1994), consagra la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados judiciales y en la doctrina de la CSJN que surge a partir del precedente registrado en Fallos: 307:2174 (*in re*: "Bonorino Peró").

La demandada esgrimió su defensa sobre la base del criterio de la CSJN que ya fue expresado en el acápite tercero de este trabajo.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, integrado por conjueces, hizo lugar a la demanda y declaró, de oficio, la inconstitucionalidad de los arts. 7, 10 y 13 de la ley 23.928 y de las disposiciones de la ley local 4558. Para así resolver, aquel Tribunal tuvo en consideración el precedente dictado *in re* "Bonorino Peró"⁵⁰.

El Estado demandado interpuso recurso extraordinario, con fundamento en la existencia de cuestión federal y en la arbitrariedad de la sentencia. Sostiene que la sentencia es arbitraria pues, al declarar de oficio la inconstitucionalidad de la ley nacional 23.928 y de la provincial 4558, violó groseramente su derecho de defensa, ya que no le permitió argumentar sobre las bondades de esas leyes de emergencia. Alega que la sentencia es manifiestamente inconstitucional, por haber violado

groseramente la garantía de la defensa en juicio. Ello es así, sostiene, porque el a quo de oficio, so pretexto de aplicar el principio *iura novit curia*, declaró la inconstitucionalidad de las leyes de convertibilidad y de consolidación de deudas provinciales.

Señala la accionada que los actores en momento alguno alegaron la inaplicabilidad de las leyes mencionadas y en tales condiciones, sostuvo que la falta de discusión de la procedencia o de la aplicación de tales normas hizo que se encontrara -sorpresivamente y sin que lo esperara- con una sentencia que se expidió sobre algo que nadie solicitó.

La CSJN, en el caso en estudio hizo referencia a varios de los antecedentes citados en el acápite cuarto de este trabajo, para sostener la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio. Sostuvieron esta posición los Ministros Fayt, Belluscio, Boggiano, López, Bossert y Vázquez, algunos de ellos por sus propios votos. En tanto que las disidencias parciales de los Dres. Nazareno, Moline O'Connor y Petracchi se enrolaban por la tesis prohibitiva.

Sin embargo, en la especie no prosperó la declaración de oficio, en aras de preservar el equilibrio de las normas. En ese sentido se sostuvo que, no es válido asignar -como lo hizo la corte

⁵⁰ En este precedente se esgrimió que la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados judiciales ha sido establecida, no por razón de las personas, sino en miras a asegurar la necesaria independencia que requiere la actuación del Poder Judicial y configura un principio que hace a la esencia misma del régimen republicano de gobierno.

local- a la garantía que consagra la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados, una extensión tal que desconozca las facultades que el art. 75 inc. 11 de la Ley Fundamental confiere al Congreso de la Nación para "hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras".

En este orden de ideas, la ley 23.928 constituye una decisión clara y terminante del Congreso de la Nación de ejercer las funciones que le encomienda el art. 75, inc. 11, ya referido. Ante tal acto legislativo no sólo han quedado derogadas disposiciones legales sino que, además, deben ser revisadas las soluciones de origen pretoriano que admitían el ajuste por depreciación, en cuanto, precisamente, se fundaron en la falta de decisiones legislativas destinadas a enfrentar el fenómeno de la inflación.

De ahí que en este supuesto, aún cuando por mayoría se reivindicó el control de constitucionalidad de oficio, en la especie el mismo no se aplicó, por no configurarse la inconstitucionalidad de la ley 23.928.

Caso Banco Comercial de Finanzas SA.⁵¹

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires resolvió dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad dispuesta de oficio por

la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial de Bahía Blanca, respecto del decreto 2075/93. Señaló su validez y aptitud para reglamentar la ley 21.526, declarando que la acreencia del Banco Central de la República Argentina originada en el canje de imposiciones para Bonex con posterioridad a la liquidación, quedaba comprendida en la preferencia establecida en el artículo 264 de la ley concursal.

Para así decidir y en lo que aquí interesa el a-quo destacó que los jueces en resguardo del principio de división de poderes, no podían declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, ya que tal impugnación debía ser alegada y probada en juicio, lo que dijo, no sucedió en autos. En este línea argumental, conforme se señaló en este trabajo en el punto quinto, se advierte que la Corte de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires se mantiene enrolada en el viejo criterio de la CSJN.

Por su parte, la entidad en liquidación al interponer el recurso extraordinario señaló que la norma en cuestión ya había sido declarada inconstitucional por la CSJN en fallo del 15 de julio de 1997, en el precedente B.490. L. XXVII, "Banco Sidesa S.A. s/ quiebra", por transgredir las garantías consagradas en el artículo 16 y 17 de la Constitución Nacional.

A su turno el Sr. Procurador General⁵²,

⁵¹ Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra, B. 1160, XXXVI, Recurso de hecho del 29 de agosto de 2004.

⁵² Nicolás Eduardo Becerra.

modificando su anterior criterio expresado en el fallo "Rita Mill de Pereyra" y dejando a salvo que por principio los jueces carecen de atribuciones para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, por ser ello un acto de indudable naturaleza institucional relacionada con el superior principio de división de poderes, no lo es menos que ello tiene razonables excepciones que la CSJN ya había destacado en fallos precedentes. Para opinar así y considerar procedente la excepción a que aludió, se remitió al voto de los Dres. Belluscio y Fayt⁵³ atendiendo al principio *iura novit curia* y el ineludible deber de mantener la supremacía de la Constitución, se hallan facultados para hacer tal declaración, máxime cuando el Superior Tribunal del Estado, ya se expidió reiteradamente sobre el punto.

El fallo del Superior Tribunal, se remitió a muchos de los antecedentes que se habían mencionado en el fallo de "Rita Mill de Pereyra", muchos de los cuales fueron señalados en el acápite cuarto de este trabajo, a los que cabe remitirse en honor a la brevedad y evitar reiteraciones fatigosas.

VII. Conclusión

Ya en la introducción de este trabajo, dejamos aclarada nuestra opinión, que resulta coincidente con la opinión ahora mayoritaria en la CSJN que promueve el control de constitucionalidad de oficio. Ello así porque entendemos que resolver en justicia y con equidad implica buscar la solución justa, extremo que entendemos no se configurará si nos atenemos a principios rígidos y burocráticos.

La verdad material se encuentra por encima de los meros requisitos formales y que la renuncia consciente a ella es incompatible con el servicio de justicia⁵⁴, pues nada excusa la indiferencia de los jueces respecto de la objetiva verdad en la misión de dar a cada uno lo suyo⁵⁵.

Por ello, los magistrados no pueden prescindir del uso de los medios a su alcance para determinar la verdad jurídica objetiva y evitar que el proceso se convierta en una sucesión de ritos caprichosos⁵⁶. Como también señalamos anteriormente, la actitud contraria en un magistrado importaría cerrar los

⁵³ (Fallos 306:303 y 306:2023 -según voto de los Ministros Carlos S. Fayt y Augusto César Belluscio- y doctrina sentada en fallos 324:3219).

⁵⁴ CN Civ., Sala "F", L. 217.532, agosto 25-981, "R., D. F. c/. R., F.H."

⁵⁵ C.S. "Ordenes, Roberto c/Estado Nacional (Armada Argentina s/ordinario", O. 469.XXI del 20/9/88.

⁵⁶ C.S. "Ballante, María Nilda s/pensión", B. 443. XXI del 11/2/88.

ojos a lo que ve lo que importaría admitir un exceso ritual manifiesto que cobraría primacía sobre la "verdad jurídica objetiva". En ese sentido nuestro Alto Tribunal sostuvo que anteponer ese exceso ritual que ocultan la verdad jurídicamente objetiva, vulneran la exigencia el adecuado servicio de la justicia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional⁵⁷. Es criterio reiteradamente puesto de manifiesto por la CSJN que el proceso judicial no debe ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se traduce en el cumplimiento de ritos caprichosos, sino en el desarrollo de procedimientos destinados a establecer la verdad jurídica objetiva que es su norte⁵⁸.

Hoy se advierte en nuestra sociedad la necesidad imperiosa de respetar y hacer respetar las leyes y normas que regulan nuestra vida en relación, comenzando por nuestra Ley Suprema y, es precisamente la compulsión judicial, lo que hace de sus disposiciones algo más que meras máximas de moralidad pública. Cuando un juez, cualquiera sea su jerarquía, en oportunidad de decidir una cuestión sometida a su jurisdicción, encuentra que la norma aplicable se contradice con otra superior o suprema, está obligado a decidirse a favor de la ley suprema o supe-

rior, salvando la vigencia de esta última. Esa necesidad de la sociedad, también la advertimos en este recurso que se viene utilizando en forma creciente que es la utilización de los decretos de necesidad y urgencia para conjurar una situación que al Poder Ejecutivo le resulta necesario superar rápidamente conforme a sus lineamientos.

No es novedad que en la Argentina en estos últimos tiempos y, con motivo del dictado de normativa de emergencia, se haya perdido el respeto por nuestra constitución. Tal situación se acrecentará y quedará inexorablemente irresuelta en tanto, firmemente el Poder Judicial no decida utilizar eficazmente la declaración de inconstitucionalidad de oficio⁵⁹.

Es allí donde también funciona como contrapeso el control judicial de constitucionalidad, en un caso concreto. Los jueces poseen la atribución constitucional de controlar en plenitud tanto la efectiva existencia fáctica de la situación de "necesidad y urgencia" invocada por el Poder ejecutivo, como el trámite de su dictado y, por supuesto, la razonabilidad de las medidas adoptadas para regularla⁶⁰.

⁵⁷ CS. Mayo 11-970, M.C.B.A. c/ Vivina", ED. 36-227, id. "Colalillo c/ Cia. de Seg. España y Río de la Plata", pub. en FALLOS: 238-550.

⁵⁸ Fallos 238:550; L.L., 89-412.

⁵⁹ Fernández, Leandro, "Nuevos horizontes en el control de constitucionalidad" L.L. -2005-C (Sup. Adm 2005) comentando el fallo CN Fed. Contencioso Administ. Sala V, del 20/2/2004 "Cohen c/ Jefatura de Gabinete y otro".

⁶⁰ Comadira, Julio Rodolfo, "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", L.L., 1995-B-825, y doctrina en tal sentido citada en las notas 103, 104 y 105.

No corresponde a los jueces sustituir al poder legislativo, dado que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del legislador en el ámbito propio de sus atribuciones. Pero ello no es óbice para el reconocimiento de la potestad que les cabe a los Magistrados -como garantía última de los derechos reconocidos por la constitución Nacional y del sistema republicano de gobierno- de examinar la compatibilidad que las normas involucradas en la resolución del caso observen con las disposiciones de la ley fundamental ⁶¹.

Si un juez se abstuviera de declarar la inconstitucionalidad de una norma, so pretexto de no habersele pedido por la parte interesada, su conducta es censurable, desde un punto de vista activo, ya que estaría emitiendo una sentencia arbitraria descalificable como acto judicial y desde el punto de vista pasivo, por incurrir en inconstitucionalidad por omisión, al no cumplir la misión que le viene deferida de proteger y garantizar la supremacía de la Constitución⁶².

Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo en concreto⁶³. Prescindir de este control oficioso, importaría admitir que las leyes y los actos públicos en general son perfectos y una vez sancionados obtienen un certificado inalterable de validez constitucional⁶⁴.

Según nuestro sistema de Constitución rígida y pétrea, los legisladores deben observar la Constitución en el dictado de las normas, no pudiendo alterarla por vía ordinaria, so pena de que si incurre en tal transgresión, sea declarada nula o inválida por los jueces, quienes son los encargados de aplicar el derecho y, en primer lugar, la Constitución.

Es preciso tener en cuenta que el control de constitucionalidad de oficio entraña un deber y no el reconocimiento de una suerte de facultad judicial ejercitable *ad nutum*. El juez estaría compelido ya que en la jurisdicción es, ante todo, una función a ejercer en forma permanente, el control de constitucionalidad de oficio.

⁶¹ Idem nota 4.

⁶² Bazán, Víctor "La Corte, la declaración de inconstitucionalidad de oficio y el sendero hacia la superación de una doctrina judicial inconsistente", ED, 179-322.

⁶³ Fallos: 302:1619.

⁶⁴ Bianchi, Alberto, "Control de constitucionalidad", Tomo 1, pág. 217. Ed. Abaco, año 2002.