

**Voces:** CONSTITUCION NACIONAL ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ~ ACTUACION DE OFICIO ~ PODER JUDICIAL ~ ADMINISTRACION DE JUSTICIA ~ JUEZ ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ OBLIGACIONES DEL JUEZ ~ JURISPRUDENCIA ~ INTERPRETACION DOCTRINARIA ~ INTERPRETACION JUDICIAL ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ IURA NOVIT CURIA ~ DERECHOS CONSTITUCIONALES

**Título:** Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina

**Autor:** Laplacette, Carlos José

**Publicado en:** Sup. Const. 2015 (agosto), 03/08/2015, 3 - LA LEY2015-D,

**Cita Online:** AR/DOC/2308/2015

**Sumario:** 1. Demarcaciones previas. — 2. La discusión en la jurisprudencia y en la doctrina. — 3. Los problemas del control de constitucionalidad de oficio. — 4. Conclusiones

### 1. Demarcaciones previas.

El presente trabajo procura efectuar una serie de críticas a la posición actualmente mayoritaria sobre del control de constitucionalidad de oficio. Si bien creo que el mismo cuenta con un lugar reservado en nuestro sistema constitucional, ese lugar es mucho más limitado que el que hoy le otorgan los tribunales y buena parte de la doctrina.

En la primera parte realizaremos una breve recorrida por la evolución de la cuestión en la jurisprudencia de la Corte Suprema y la doctrinaria, desde la clásica postura adoptada en Ganadera Los Lagos [\(1\)](#), hasta la aparente consolidación de una posición distinta en Banco Comercial de Finanzas [\(2\)](#) y Rodríguez Pereyra [\(3\)](#), para culminar con la -al menos en apariencia- desconcertante doctrina sostenida más recientemente por el mismo tribunal en Whirlpool Puntana SA. [\(4\)](#).

En la segunda parte se formularán dos críticas al control de constitucionalidad de oficio en la versión adoptada por la mayoría. Allí comenzaremos destacando las dificultades que sufre la aplicación del principio iura novit curiae en materia de control de constitucional y la lesión que se infringe al derecho de defensa con el control de constitucionalidad de oficio. Luego nos ocuparemos de los problemas que presenta el control de constitucionalidad de oficio frente al principio de autonomía personal. Desde luego, esas críticas no son las únicas que pueden llevarse a cabo y, por ejemplo, cabrían consideraciones de relevancia acerca del papel que corresponde a los jueces en nuestro diseño institucional, pero en esta ocasión estas líneas se reducen a los aspectos mencionados en forma previa.

Una advertencia es necesaria. A fin de realizar el presente ensayo, hemos eludido en forma deliberada una crítica a la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual todas las autoridades estatales estarían obligadas a ejercer, de oficio, un control de convencionalidad de las normas internas [\(5\)](#).

Entendemos que, desde lo teórico, los problemas que presenta el control de constitucionalidad de oficio son similares a los que registra la posición de la Corte Interamericana respecto al control de convencionalidad de oficio. Por lo tanto, desechado el primero, del segundo sólo nos quedaría el argumento vinculado a la responsabilidad internacional del Estado, pero precisamente éste, más allá de su insuficiencia, es irrelevante en la práctica, pues si los interesados están de acuerdo en una determinada interpretación de la Constitución o de la Convención, aun cuando difiera de la expuesta por la Corte Interamericana, la hipótesis de una eventual responsabilidad del Estado Argentino parece inverosímil.

Una segunda aclaración. Cuando nos referimos a "control de constitucionalidad de oficio", estamos haciendo mención a aquél que lleva adelante un tribunal integrante del poder judicial, en el marco de un caso judicial, sin que alguna de las partes lo haya solicitado. La posibilidad de que la Corte Suprema controle la constitucionalidad de una norma, por propia iniciativa y fuera de un caso judicial, merece un análisis particularizado y no guarda relación con esta cuestión [\(6\)](#).

### 2. La discusión en la jurisprudencia y en la doctrina

#### 2.1. La doctrina clásica de la Corte Suprema

En el año 1941 la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia en la causa Ganadera Los Lagos c/ Estado Nacional. Allí, en un juicio donde se discutía cuál era el tipo de nulidad que afectaba a un decreto del Poder Ejecutivo y, por ende, cuál era el

plazo de prescripción aplicable, la Corte consideró que los tribunales no podían declarar la inconstitucionalidad de una norma, si ello no había sido objeto de una petición expresa por una de las partes del pleito.

Señaló el Tribunal que "que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de 'poder' la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa, de oficio los actos legislativos o los decretos de la administración. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar un desequilibrio de los tres poderes es indispensable que exista un pleito, una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional. Como ha dicho

Cooley, es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados. Sólo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima. Sin este freno el equilibrio de los tres poderes, condición esencial del gobierno organizado por la Constitución, se habría roto por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos".

A partir de ese precedente y con tres argumentos principales, dados por la posibilidad de que con el control de constitucionalidad de oficio se produzca un desequilibrio de poderes, se atente contra la presunción de legalidad de los actos estatales y se violente el derecho de defensa, la Corte Suprema mantuvo esta doctrina durante sesenta años [\(7\)](#)

## 2.2. Antecedentes de Ganadera Los Lagos

Podemos preguntarnos si la doctrina expresada en Ganadera Los Lagos fue una creación ex nihilo de la Corte o si, por el contrario, existían antecedentes doctrinarios o jurisprudenciales que avalan lo resuelto. Vemos que para fundar su fallo, la Corte recurre a una cita de Cooley, afirmando que "es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados". Sin embargo, como a primera vista se advierte, no está del todo claro que lo decidido por la Corte haya sido, efectivamente, lo que el autor norteamericano quiso decir.

Bianchi entiende que Cooley fue sacado de contexto y que cuando habla de que la justicia no procede de oficio, únicamente se refiere a que debe existir un caso judicial, pero no que el juez deba aplicar una ley que considera inconstitucional si las partes no lo piden [\(8\)](#). Esta conclusión podría ser coherente con *Madbury vs. Madison* [\(9\)](#), donde se declaró la inconstitucionalidad de una ley que le atribuía competencia originaria a la Corte estadounidense, sin que ninguna de las partes lo pidiera. También lo es, en cierto sentido, con la explicación de Hamilton en el n° 78 de *El Federalista*, donde explica que la inconstitucionalidad de una ley equivale a cualquier otra cuestión de derecho donde nos encontramos frente a un conflicto entre normas que debe ser resuelta por el juez.

Por el contrario, se ha respondido a estas observaciones señalando que en *Madbury vs. Madison* sin bien la declaración de inconstitucionalidad fue de oficio, se trataba de una norma que ampliaba la competencia de la Corte, situación que ha sido tradicionalmente considerada improcedente, aún en acuerdo o silencio de las partes [\(10\)](#). Asimismo, en cuanto a las palabras de Cooley y a los precedentes citados por ese autor, Lozano llega a una conclusión opuesta a la de Bianchi, esto es, que al momento del dictado de Ganadera Los Lagos, en el derecho norteamericano no era posible el control de constitucionalidad de oficio, ya que la posibilidad de ejercer el judicial review se limitaba a aquellas situaciones en que la cuestión constitucional hubiere sido adecuadamente planteada, resultase indispensable para la solución del pleito y fuese la causa misma de la acción [\(11\)](#). Esta última mención a la causa u objeto de la acción (very lis mota) que realiza Cooley, parece lo suficientemente clara como para otorgarle la razón a Lozano.

En lo que hace a los precedentes de la Corte argentina, ellos tampoco parecen ser determinantes en uno u otro sentido [\(12\)](#). Es posible que una de las pistas más relevantes nos la otorguen los artículos 14 y 15 de la ley 48, los cuales exigen que para que la cuestión constitucional sea sometida a conocimiento de la Corte Suprema, la misma debe haber estado presente en las instancias anteriores. Tras un repaso de diversos antecedentes, tanto en Argentina como en los Estados Unidos, Garay concluye que "el pedido de parte interesada no fue una exigencia 'pretoriana' surgida a partir del caso 'Ganadera Los Lagos',

sino que él está expresado en los tres incisos del artículo 14 y en el 15 de la ley 48 y así venía también exigido del modelo estadounidense en el que esas normas se vaciaron" (13) .

Garay afirma que existe una práctica similar en los Estados Unidos, y cita dos casos. En el primero de ellos, *Williams v. Zbaraz* (14) , en el marco de una acción de clase, la Corte deja sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de una ley federal declarada por una Corte de Distrito sin que ninguna de las partes lo hubieran solicitado (15) .

En el segundo caso, *Princeton University v. Schmid* (16) , la Corte Suprema rechazó la posibilidad de controlar la constitucionalidad de una regulación de la Universidad, pues ésta modificó la misma antes de la decisión de la Corte y el Estado, quien también había apelado, se abstuvo de tomar posición a favor o en contra de la constitucionalidad de las normas en juego.

Si bien no deseamos ser concluyentes, al menos de modo provisorio coincidimos con Garay y con Lozano en que la prohibición de declarar la inconstitucionalidad de oficio surgía como consecuencia necesaria de lo establecido en la ley 48 y de las prácticas mismas de los tribunales federales. Sin embargo, es cierto que antes de *Ganadera Los Lagos*, el Tribunal nunca se había expresado en forma categórica sobre la posibilidad o imposibilidad de controlar de oficio la constitucionalidad de una ley.

### 2.3. Consolidación de la tesis negativa y unas pocas excepciones.

Luego de *Ganadera Los Lagos*, durante medio siglo la Corte Suprema aplicó la tesis contraria al control de constitucionalidad de oficio, de manera constante y prácticamente a todo tipo de cuestiones (17) . Sin embargo, aún durante la vigencia de esta regla general, existían ciertas excepciones que habían sido admitidas sin mayores dificultades.

#### 2.3.1. Materia de Competencia

En *Partido Provincial Unión Santiagueña* (18) , la Corte dijo que era posible declarar de oficio la inconstitucionalidad si ello era necesario para determinar su competencia. También sostuvo en *Alejandro Bianchi y Cía.* (19) que era posible apartarse de la regla frente al cercenamiento de las facultades originarias del Tribunal, como es la de juzgar respecto de la calidad de sus integrantes.

Ésta fue también la posición de *Marbury v. Madison*, donde la Suprema Corte de los Estados Unidos ejerce por primera vez, de modo efectivo, el control de constitucionalidad de una norma legislativa, y lo hace de oficio a fin de declararse incompetente. El carácter excepcional de esta hipótesis, se puede ver en la doctrina de la propia Corte Suprema argentina, quien resolvió que se trataba de una facultad limitada a ella misma, pero resolviendo que los jueces inferiores no se hallan habilitados para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, aunque se trate de decidir cuestiones referentes a su competencia (20) .

#### 2.3.2. Sentencias de tribunales provinciales

Durante la vigencia de la doctrina tradicional, la Corte admitió que los jueces provinciales declaren de oficio la inconstitucionalidad de una norma, pero únicamente respecto de normas provinciales. En *Fernández Valdez* (21) se consideró que no era arbitraria la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de una ley de la provincia de La Rioja, en tanto la Constitución de esa provincia imponía a los jueces la obligación de pronunciarse, a pedido de parte o de oficio, sobre la inconstitucionalidad de las leyes. Sin embargo, dentro de esta alternativa no estaba incluida la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas nacionales sin petición de parte (22) . Desde esta óptica, la posibilidad o imposibilidad de controlar de oficio la constitucionalidad de una norma local se convertía en una cuestión de derecho procesal o público que, en definitiva, quedaba librado a la decisión de cada provincia. Es así como distintas constituciones provinciales han regulado la cuestión con los más diversos alcances.

Un primer grupo de constituciones provinciales imponen al juez la obligación de controlar, aún de oficio, la constitucionalidad de las normas que aplican. Entre ellas encontramos a las constituciones de La Rioja (23) , de Río Negro (24) o la de San Luis (25) . También se enrolan en este sentido algunas leyes procesales provinciales (26) .

Por su parte, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podría ser incluida en el grupo anterior o en una posición intermedia, ya que los términos de su art. 14 pueden llevar a concluir que el control de constitucionalidad de oficio es tanto una facultad como un deber de los jueces (27) .

En el otro extremo podemos encontrar a la Constitución de la Provincia de Chaco, la que expresamente exige la petición de parte para el ejercicio del control de constitucionalidad, al establecer que toda norma contraria a la Constitución Nacional o a esa misma Carta será de ningún valor y "los jueces deberán declararlos inconstitucionales a requerimiento de parte" (art. 9).

Más allá de lo que dispongan las normas provinciales, esas regulaciones deben ser objeto de dos observaciones. Por un lado, ellas no podrían alcanzar al control de constitucionalidad de leyes nacionales por los jueces provinciales. Las provincias regulan la competencia de sus tribunales y los procedimientos a los que ellos deben sujetarse, pero no pueden decidir acerca de los aspectos sustantivos del control de constitucionalidad de normas nacionales, esto es, la necesidad de que ese control sea efectuado por el Poder Judicial, en el marco de una causa o controversia, concreta y no abstracta, promovida por un afectado y sólo ante petición de parte o también de oficio, según la interpretación que se haga de la Constitución Nacional.

Por otro lado, incluso dentro de esos límites, será necesario determinar si la declaración de inconstitucionalidad de oficio no podría resultar incompatible con normas de la Constitución Nacional, como sostenemos respecto del derecho de defensa o del principio de autonomía. Si esto fuese así, la declaración de oficio no sería admisible tampoco para las normas provinciales.

### 2.3.3. Hábeas Corpus

Un ejemplo legal de declaración de inconstitucionalidad de oficio en el orden nacional, podemos encontrarlo en el art. 6 de la ley 23.098 que, al regular el proceso de hábeas corpus, establece que los jueces "podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad cuando la detención se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución nacional".

Se trata de una hipótesis que no tuvo oportunidad de ser analizada por la Corte Suprema pero que, agregamos, podría ser de aplicación como una excepción dentro de posturas negatorias.

## 2.4. Modificaciones en la posición de la Corte

### 2.4.1. Disidencias que comienzan a abrirse paso

En la década de 1980, los Dres. Fayt y Belluscio hicieron sentir su voz en contra de la doctrina tradicional de la Corte en su disidencia en la causa Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario (28), de 1984, donde se planteaba un conflicto de competencia entre dicho tribunal y un juez de instrucción de la misma ciudad que, para fundar su competencia, había declarado de oficio la inconstitucionalidad de ciertas normas del Código de Justicia Militar. La mayoría de la Corte reiteró la doctrina de Ganadera Los Lagos y entendió que el control de constitucionalidad ejercido de oficio por el juez inferior no era válido, ni siquiera en materia de competencia.

Fayt y Belluscio votaron en disidencia, afirmando, en lo que consiste seguramente el núcleo de la doctrina favorable al control de constitucionalidad de oficio que:

- Es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución.

- De ello no se sigue 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 -trasuntando en el antiguo adagio *iura novit curia*- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 CN) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango.

- Del art. 31 CN deriva la facultad de los jueces de cualquier fuero, jurisdicción y jerarquía, nacionales o provinciales, de examinar las leyes en los casos concretos que se presentan a su decisión, comparándolas con el texto y la significación de la Constitución para averiguar si guardan conformidad con 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.

Esta posición fue mantenida por ambos jueces, y en el año 1998 en las causas Buenos Aires Building Society (29) y Ricci c/ Autolatina (30), se sumó a esa posición Antonio Boggiano.

#### 2.4.2. Un primer punto de inflexión

La relación de fuerzas entre mayoría y minoría cambió en el año 2001 al dictarse sentencia en *Mill de Pereyra* (31). En esta causa las posturas en el seno de la Corte a favor y en contra del control de constitucionalidad de oficio parecían volcarse hacia la recepción de la postura de Fayt y Belluscio. Además de ellos, también votaron a favor por la declaración de oficio Boggiano y Vázquez, manteniendo su posición contraria Nazareno, Moliné O'Connor y Petracchi. Por su parte, los ministros López y Bossert implícitamente dieron a entender que sumaban su opinión a la doctrina a favor del control de oficio.

En esta ocasión, uno de los argumentos introducidos por el recurrente había sido que la declaración de inconstitucionalidad de oficio que realizada por Superior Tribunal provincial había afectado su derecho de defensa. A ello López y Bossert respondieron 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 esta Corte en la medida en que el derecho de defensa de las partes aparece debidamente resguardado con el procedimiento cumplido en esta instancia".

Con ello parecía advertirse que estos dos ministros convalidaban el control de constitucionalidad de oficio siempre que las partes tuvieran la posibilidad de brindar su opinión al respecto, aun cuando ello ocurriera luego de la sentencia del Superior Tribunal y en oportunidad de contestar el recurso extraordinario federal. Quedaba por determinar el criterio de estos magistrados ante la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio por la propia Corte, pues contra esa decisión el particular ya no tendría recurso alguno.

Al poco tiempo el juez López aclaró en un artículo de doctrina que sus afirmaciones se debieron que la recurrente había introducido el argumento del derecho de defensa, pero que de todas formas el traslado no sería indispensable, como tampoco lo sería cada vez que el juez aplica el *iura novit curiae* (32). Todo ello llevaba a pensar que la Corte Suprema se encontraba lista para modificar su posición tradicional.

#### 2.4.3. La consolidación del control de constitucionalidad de oficio como una obligación de los jueces

El proceso de cambio en la doctrina de la Corte, iniciado en el año 1984 con las disidencias de Fayt y Belluscio, comenzó a plasmarse en forma clara veinte años después, con la nueva integración del Tribunal en la causa *Banco Comercial de Finanzas s/ Quiebra* (33). En este caso votaron a favor del control de constitucionalidad de oficio tanto Belluscio, Fayt, Boggiano y Vázquez, quienes ya habían votado en tal sentido en casos anteriores, y a sus votos se sumaron los de los nuevos ministros Zaffaroni y Highton de Nolasco. Los argumentos de la mayoría no son sino una reiteración de los ya esbozados por Fayt y Belluscio en el *Juzgado de Instrucción Militar Nro. 50*. Por su parte Petracchi, quien históricamente negó la posibilidad de controlar de oficio la constitucionalidad de las normas, votó en igual sentido que la mayoría pero con disidencia de fundamentos, sin hacer mención alguna a la cuestión.

Ese mismo año la Corte reafirmó su posición en *Lapadu c/ Estado Nacional* (34) pero en esta ocasión, con el voto en disidencia de Petracchi y Maqueda, resurgieron las fisuras en la posición favorable al control de oficio (35).

En *Simón* (36) se reiteró nuevamente, si bien de manera tangencial, que el Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual el control de constitucionalidad puede ser declarado de oficio. Y en el caso *Gómez c/ Argencard* (37), donde la Corte Suprema considera que la Cámara violó el principio de congruencia al declarar la inconstitucionalidad de la "pesificación" cuya aplicación solicitaba el actor, encontramos ahora también la disidencia de Argibay, quien expuso una posición concordante con la doctrina tradicional (38).

El último movimiento en el camino del reconocimiento del control de constitucionalidad de oficio, está dado por el caso *Rodríguez Pereyra* (39) del año 2012. Allí se sostuvo que el control de constitucionalidad es, aun de oficio, una obligación de los jueces en cada caso concreto. Una mayoría integrada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Zaffaroni y Maqueda, más la posición constante de Fayt, parecía consolidar un conjunto sumamente sólido. Tanto más con la desaparición de los jueces Argibay y Petracchi.

La doctrina expuesta por la Corte Suprema en *Rodríguez Pereyra* recuerda lo ya manifestado en las disidencias de Fayt y Belluscio en Fallos 306:303, así como la doctrina asumida por la mayoría del Tribunal en *Banco Comercial de Finanzas*, en el sentido de que el control de constitucionalidad, aun de oficio, es una manifestación del *iura novit curiae* (40). Asimismo, se agregó un argumento de autoridad, recurriendo a la interpretación brindada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha efectuado de la Convención.

Luego, a partir del considerando 13°), la sentencia procura no llevar demasiado lejos esa conclusión, afirmando que el ejercicio del control de constitucionalidad sólo puede tener lugar en el marco de las competencias y regulaciones procesales correspondientes, por lo que "el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes" (41) . Se le agrega también la necesidad de que quede "palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes [la norma en cuestión] un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestas de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución" y "es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación" (42) .

De este modo, vemos que hacia fines del año 2012, la Corte Suprema parecía haber consolidado una mayoría sólida, según la cual el control de constitucionalidad de oficio era una obligación de los jueces, emanada del principio *iura novit curiae* y, en particular, del artículo 31 de la Constitución Nacional.

#### 2.4.4. La Corte Suprema limita al control de constitucionalidad de oficio

En el mes de marzo de 2014, la Corte Suprema comenzó a formular límites de importancia al control de constitucionalidad de oficio. En la causa *Mansilla, Carlos E. c/ Fortbenton c. Laboratories S.A. y otro s/ Despido* (43) , el Tribunal resolvió que la declaración de inconstitucionalidad del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) dispuesta por la Cámara sin un planteo de inconstitucionalidad por parte de la actora, importó un apartamiento de los términos en que había quedado trabada la litis. La Corte afirmó que los jueces de Cámara, al declarar la inconstitucionalidad del tope legal a la indemnización por despido, "ignoraron que la plataforma fáctica del debate reclamaba considerar que el actor, al demandar, propuso la aplicación de un tope determinado... de tal modo, lo resuelto acerca de la inconstitucionalidad del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo importó un claro apartamiento de los términos en que había quedado trabada la litis, lo cual es inconcebible dentro de una racional administración de justicia".

Asimismo, a fin de explicar la relación entre *Mansilla* y *Rodríguez Pereyra*, la Corte dedicó un extenso considerando, en el cual recuerda las limitaciones o exigencias de control de constitucionalidad mencionadas obiter en el segundo de los casos (44) .

Procurando desentrañar el alcance de este fallo, en un trabajo de recomendable lectura, Garay considera de relevancia sumar a lo anterior una frase contenida en el considerando siguiente, donde se indica que la sentencia recurrida debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido, "toda vez que la alzada ha venido a conceder algo que el propio interesado había resignado". El autor concluye que "ese 'algo' que 'el interesado había resignado' era la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad del tope indemnizatorio. De ningún pasaje de esta sentencia (ni del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante) surge que esa resignación haya sido expresa. Esto es, en ningún lado el actor dijo renunciar a pedir la inconstitucionalidad de la norma. Esa renuncia es tácita, desde que sus cálculos indemnizatorios se apoyaron en los topes aludidos. Entonces, al resignar tácitamente la defensa de inconstitucionalidad y apoyar su reclamo en esa norma, su invalidez no podía ser proclamada de oficio por la Cámara. Si se acepta este razonamiento podríamos decir entonces que la regla del caso dice que un tribunal no puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma cuando el beneficiario de esa declaración apoyó en aquélla su reclamo sin formular reserva alguna" (45) .

Sin embargo, agregamos aquí, esa posibilidad de renunciar al planteo de inconstitucionalidad se hace difícilmente compatible con las bases sobre las que se asienta el control de constitucionalidad de oficio, en particular, la imperatividad que se le otorga al artículo 31 de la Constitución Nacional. Se podría decir que la renuncia es una cuestión de hecho, pero la línea divisora aquí parece ciertamente artificiosa, pues si se renuncia a ejercer el control de constitucionalidad, ella se sitúa en el terreno del derecho.

Pocos meses después, la Corte Suprema sumará aún mayor perplejidad.

#### 2.4.5. La causa *Whirlpool Puntana SA*

El 11 de diciembre de 2014, en la causa *Whirlpool Puntana S.A.*, la Corte Suprema dejó sin efecto una sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que había declarado la inconstitucionalidad de los

derechos de exportación liquidados por aplicación de la Resolución 11/02 del Ministerio de Economía. Para ello, la Cámara consideró que las retenciones impuestas a las exportaciones destinadas a un país miembro del Mercosur eran incompatibles con el Tratado de Asunción.

En su sentencia, la Corte Suprema se encarga de destacar que la cuestión federal planteada en el caso "radica en determinar si los derechos de exportación instituidos mediante la resolución 11/02 del Ministerio de Economía e Infraestructura se encuentran en pugna con las disposiciones del Tratado de Asunción, aprobado por nuestro país mediante la ley 23.981".

Teniendo en cuenta que esa misma resolución ministerial había sido recientemente declarada inconstitucional por considerarla incompatible con el artículo 76 de la Ley Fundamental [\(46\)](#), el Tribunal se apura a destacar que "la impugnación formulada en los presentes autos a los aludidos derechos de exportación se circunscribe a la alegada prohibición de aplicarlos en las operaciones realizadas entre países miembros del MERCOSUR, que derivaría de las disposiciones del Tratado de Asunción... Al respecto cabe señalar que la propia accionante... puso de relieve expresamente que no estaban en discusión en esta causa las facultades del Poder Ejecutivo para establecer alcuotas 'o bien para crear este tipo de impuesto' (confr. fs. 13 vta.). Por lo tanto, la cuestión sobre la que debe decidir el Tribunal en esta causa difiere de la que fue examinada en el caso (C.486.XLIII "Camaronera Patagónica S.A. el Ministerio de Economía y otros si amparo", fallado el 15 de abril de 2014)" [\(47\)](#).

De esta forma, la Corte Suprema deja de lado uno de los principales conflictos constitucionales que envolvían a los tributos a la exportación, es decir, la posibilidad de que fueran fijados por resolución ministerial, respecto del cual se había pronunciado en forma reciente y en sentido contrario a la validez de la resolución. En su lugar, se dedicará a analizar solo el aspecto planteado por las partes, es decir, la compatibilidad o incompatibilidad entre estos tributos y el Tratado de Asunción.

A la luz de lo visto hasta aquí, esta nueva sentencia de la Corte Suprema, dictada con el voto de los ministros Lorenzetti, Highton y Maqueda y sin disidencias, aparece ciertamente inconsistente con doctrina del Tribunal según la cual el ejercicio del control de constitucionalidad es una obligación de los jueces que viene impuesta por el artículo 31 de la Ley Fundamental. ¿Es acaso posible compatibilizar la doctrina del Tribunal sobre la obligatoriedad del control de constitucionalidad de oficio, con la decisión deliberada de omitir el control de constitucionalidad de una norma descalificada por el la Corte en forma reciente y con argumentos que no dependían de las circunstancias del caso?

Creemos que Whirlpool es inconsistente con la supuesta obligación de los jueces, emanada del iura novit curiae y del principio de supremacía, de controlar la constitucionalidad de las normas sin importar la opinión de las partes. Esa inconsistencia sirve para advertir la necesidad de repensar la doctrina mayoritaria sobre el control de constitucionalidad de oficio.

Entre tanto, y sin considerar que exista esa inconsistencia, debemos mencionar también que, en forma más reciente, el 19 de mayo de 2015, en su sentencia al caso Gerez, Carmelo Antonio la Corte Suprema, en unas pocas líneas, reafirmó la vigencia del precedente Rodríguez Pereyra [\(48\)](#).

## 2.5. La discusión en la doctrina

A diferencia de lo que ocurre en otras ocasiones, en esta materia la discusión doctrinaria precedió a la jurisprudencial. Bidart Campos fue uno de los primeros autores en criticar la posición tradicional de la Corte. Sostenía que el control de constitucionalidad configuraba un aspecto del iura novit curia, ya que aplicar una norma inconstitucional sería aplicar mal el derecho, y esa mala aplicación no se purgaría por el hecho de que nadie haya cuestionado la validez de esa norma. Concluye el autor afirmando que "es obligación del juez suplir el derecho invocado, y en esa suplencia puede y debe fiscalizar de oficio la constitucionalidad dentro de lo más estricto de su función" [\(49\)](#).

Podríamos decir que esas palabras son el centro de la doctrina favorable al control de constitucionalidad de oficio, y quienes adscriben a ella parten del mismo razonamiento. Así, Ricardo Haro, quien también desde hace muchos años es un enfático defensor del control de constitucionalidad de oficio, afirma que por imperio del iura novit curia los jueces deben aplicar sólo el derecho válido, con independencia del derecho invocado por las partes, ya que de lo contrario la supremacía constitucional no sería de orden público [\(50\)](#).

En una posición quizás un poco más limitada, Sagüés [\(51\)](#), quien también funda el control de constitucionalidad de

oficio en el iura novit curiae, ha formulado ciertas reglas de prudencia judicial: - debe tratarse de una regla jurídica necesaria para definir la litis; - de no haber un pedido de parte, la ley del caso goza de una "doble presunción de constitucionalidad" (por un lado, la presunción de legalidad propia de todo acto estatal, y por otro la presunción de legalidad que deviene del hecho de no haber sido impugnada por la persona a la cual afectan); - de oficio o a petición de parte, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la última ratio a que debe recurrir el juez.

También adhieren en términos amplios al control de constitucionalidad de oficio, Vanossi (52), Bianchi (53), Gozaíni (54), López (55), Bazán (56), Gordillo (57), Manili (58), Palacio de Caiero (59), Torricelli (60), Maraniello (61), Jiménez (62), etc.

Un grupo de autores se ha pronunciado a favor del control de oficio, pero con ciertos límites. Por ejemplo, Padilla considera que sólo sería admisible el control de constitucionalidad de oficio cuando estuviera en juego el orden público, pero no más allá de esos casos (63). En sentido similar, Badeni sostiene que la declaración de inconstitucionalidad de oficio "está condicionada a que la cuestión debatida en el proceso sea de orden público y que los derechos en juego sean irrenunciables" (64). Otros, como Sagüés (65) o Gialdino (66) aceptan en términos amplios el control de constitucionalidad de oficio, pero han exigido un previo traslado a las partes para no vulnerar el derecho de defensa.

En contra del control de constitucionalidad de oficio se han pronunciado distintos autores. Entre los clásicos, Joaquín V. González afirmaba que la Corte, en materia de control de constitucionalidad y como corolario del principio de división de poderes, "no procede tampoco por su iniciativa... Las resoluciones o sentencias de la Corte Suprema sólo proceden, pues, a instancias de parte, cuando una ley ha causado perjuicio al derecho de alguno, y éste reclama de ella, o para su defensa alega la inconstitucionalidad de la ley" (67). En las últimas décadas la posición contraria al control de constitucionalidad se ha transformado en minoritaria. En este grupo de autores podemos encontrar a Lozano (68), Garay (69), Amaya (70) o Moliné O'Connor (71).

### 3. Los problemas del control de constitucionalidad de oficio

#### 3.1. Introducción

Luego de haber efectuado una recorrida por el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del control de constitucionalidad de oficio, corresponde ahora sumar una visión crítica a todo lo analizado hasta aquí.

Una primera precisión, que puede resultar de utilidad, está dada por la de advertir que el debate acerca del control de constitucionalidad de oficio involucra una antinomia entre normas secundarias de adjudicación.

En la caracterización brindada por Hart, el derecho está compuesto no sólo por reglas primarias (reglas de obligación), sino también por reglas secundarias, las cuales "especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas y su violación determinada de manera incontrovertible" (72).

De modo similar, Alchurrón y Bulygin señalan que "la centralización de la función jurisdiccional en manos de funcionarios especializados da lugar a la existencia de dos sistemas normativos paralelos, pero interdependientes: el sistema de normas que regula la conducta de los sujetos del derecho, que llamaremos sistema primario o sistema del súbdito, y el sistema de normas que regula las conductas de los jueces y los demás órganos jurisdiccionales, que llamaremos sistema secundario o sistema del juez (...). La obligación de fundar en derecho una sentencia normativa es la exigencia de usar -para la fundamentación de ella- el sistema del súbdito o sistema primario. En este sentido el sistema del juez es secundario respecto al sistema del súbdito, ya que presupone la existencia del segundo" (73).

Si consideramos las situaciones en las que un juez puede encontrarse en presencia de conflictos normativos o antinomias, se puede distinguir dos casos radicalmente diversos: (a) la situación del juez en presencia de una antinomia entre normas primarias, relativas a la conducta de un súbdito del derecho; y (b) la situación del juez en presencia de una antinomia entre normas secundarias, relativas, en cambio, a la conducta del juez en cuanto órgano autoritativo (74).

La declaración de inconstitucionalidad de una norma nos sitúa frente a una antinomia entre dos normas primarias de distinta jerarquía. En cambio, a la hora de establecer si esa inconstitucionalidad debe (o no) ser declarada por el juez sin que alguna de las partes lo haya solicitado, lo que tenemos es un conflicto entre normas secundarias de igual jerarquía.

Cuando el juez cree estar frente a una norma inconstitucional, en un caso en el cual las partes consintieron su aplicación, los criterios para la resolución pueden ser básicamente dos: (i) el juez introduce la cuestión constitucional en el caso y lo



resuelve omitiendo la aplicación de la norma que considera inconstitucional, o (ii) resuelve el caso sujetándose a lo solicitado por las partes, sin considerar la antinomia que él advierte entre normas primarias. Determinar cuál de esos dos criterios de resolución debe prevalecer, constituye un conflicto constitucional que involucra normas secundarias.

La posición que criticamos considera que es obligación (en ocasiones se la considera una facultad) del juez, cuando cree estar frente a una antinomia, declarar la inconstitucionalidad de la norma inferior, según lo exigiría el artículo 31 de la Ley Fundamental. Por nuestra parte, creemos que la Constitución impone otras pautas de resolución al juez, como lo son la de respetar el derecho de defensa en juicio que el artículo 18 denomina "inviolable", y la de no interferir en las acciones privadas de los hombres, las cuales quedan reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (art. 19).

Esta aclaración es útil para poner de manifiesto que quienes criticamos el control de constitucionalidad de oficio, no pretendemos que los jueces dicten sentencias inconstitucionales. Discutimos cuál es el criterio de resolución que la Constitución impone al juez, y no si éste debe o no debe respetarla. Contra la opinión mayoritaria, creemos que existen buenos motivos para pensar que la declaración de inconstitucionalidad oficiosa es una violación de la propia Constitución.

### 3.2. Solución mayoritaria: aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional

Dejando de lado argumentos ad verecundiam (el control de constitucionalidad de oficio procede porque así lo dice la Corte Suprema o la Corte Interamericana), ad baculum (si no se controla de oficio se incurría en responsabilidad internacional) o ad populum (así lo sostiene la mayoría), podemos ver que desde las enseñanzas de Bidart Campos en la década de 1960 (75), pasando por la disidencia de Belluscio y Fayt en el año 1984 (76), y llegando a los pronunciamientos más recientes, como Banco Comercial de Finanzas (77) y Rodríguez Pereyra, la posición favorable al control de constitucionalidad de oficio parte de considerar que el control de constitucionalidad es una cuestión de derecho y no de hecho; a ello se le suma la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan de modo incorrecto, y de allí se concluye que el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 CN) exige que se aplique, en todo caso de aparente colisión de normas, la de mayor rango (78).

Esta solución presupone, según entendemos, (i) que la resolución de la cuestión constitucional no variaría si se sumaran nuevos elementos de hecho no tenidos en cuenta hasta ese momento, pues de lo contrario dejaría de ser una cuestión de puro derecho y no podría omitirse escuchar a las partes, y (ii) que éstas no pueden renunciar a plantear la inconstitucionalidad de una norma.

Creemos ver en esa posición una serie de problemas que, a nuestro juicio, la hacen notoriamente inconsistente. En los siguientes apartados nos ocuparemos de ambas premisas. En primer lugar, veremos que no existe ninguna posibilidad de que el juez conozca por anticipado la presencia (o no) de circunstancias de hecho que justifiquen, en términos constitucionales, la aplicación de la norma al caso concreto o, al menos, tornen innecesaria su declaración de inconstitucionalidad. Ese conocimiento sólo puede provenir de los hechos alegados y probados por las partes respecto de la constitucionalidad de la norma en cuestión, y solo lo pueden hacer si tienen noticias de que la cuestión constitucional está presente.

En segundo lugar, a partir del principio de autonomía consagrado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, formularemos una crítica a la segunda premisa del razonamiento mayoritario, es decir, a la idea de que el artículo 31 de la misma Carta obliga (o faculta) al juez a declarar la inconstitucionalidad de una norma incluso en contra de la voluntad de quien se beneficia con la declaración de inconstitucionalidad.

### 3.3. Iura novit curiae y control de constitucionalidad de oficio; dos piezas que no terminan de ensamblar

#### 3.3.1. Una primera visita al iura novit curiae

La Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende que el principio iura novit curiae faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes (79).

Sentís Melendo recuerda el posible origen medieval de ese principio, en el exabrupto de un juez que, cansado de los extensos discursos del abogado, lo interrumpe exclamando "Venite ad factum. Curia novit ius!". O según la versión de Planiol, también recordada por Sentís Melendo, "abogados, pasad a los hechos: la Corte sabe el derecho" (80).

Es fácil entender la fatiga de aquel juez medieval. Pero parece ir demasiado lejos asumir que hoy el juez no requiera del auxilio de las partes para determinar, en un caso concreto, el alcance de términos tales como "razonabilidad", "moral pública",

"autonomía municipal", "interés federal prevaleciente", por sólo mencionar algunos. No encuentro motivos para privar al proceso del discurso de las partes a la hora de determinar la aplicación de esos conceptos. Mucho menos hacerlo fundado en la ficción de que el juez, cualquier juez de nuestro país, conoce todo el derecho, incluido el derecho constitucional, incluida la jurisprudencia de la Corte Suprema o de la Corte Interamericana. Lo que empezó como la fuerte intervención de un juez medieval, termina convirtiéndose en un dogma de fe cuya inexactitud es empíricamente verificable. Sabemos que los jueces no pueden dominar todo el derecho, aunque eso, claro, sea aceptado como una ficción. Más aun, hoy también aceptamos la ficción de que es el juez, y no un empleado, quien en ocasiones redacta las sentencias; y, gracias a esta doble ficción, llegamos a un iura novit vicarius, a pesar de que, quizás, aun no logre aprobar las últimas materias de la carrera, o ni siquiera la haya iniciado.

Pero nuestra crítica no se supera asegurando una mayor formación constitucional de todos los jueces, ni con la necesaria ampliación de su número y el cumplimiento de las designaciones. Creemos que el juez, aún el mejor de los jueces, se encuentra imposibilitado de saber si es o no necesario declarar la inconstitucionalidad de una norma, sin antes consultar a las partes.

La Corte Suprema, y con ella buena parte de la doctrina, sostienen que en el control de constitucionalidad de oficio no puede verse un menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso [\(81\)](#).

Reconocemos que el iura novit curiae puede generar conflictos con el derecho de defensa en cualquier ámbito jurídico. Si el demandado contesta una pretensión esgrimida con base en las prescripciones de una norma, y luego el juez lo condena por las de otra norma: ¿No será que en atención a esta otra norma hubiera podido desplegar otras defensas, afirmar otros hechos, producir otras pruebas? [\(82\)](#)

Estos problemas se producen en cualquier rama del derecho, pero los problemas aumentan en forma exponencial cuando ingresamos en el terreno de la interpretación constitucional. Pensemos que la suerte de un conflicto constitucional podrá depender de la adopción de distintas teorías constitucionales, métodos de interpretación, criterios metaéticos y de una gran variedad de elementos (voluntad del legislador, realidad social, valores constitucionales, consecuencias de la interpretación, etc.) que van mucho más allá del texto considerado en su faz lingüística.

Se afirma con agudeza que "si el derecho está plagado de indeterminaciones normativas y es constatado constantemente con principios constitucionales de gran abstracción y carga axiológica que, además, se afirman directamente operativos, no cabe sino preguntarse: ¿qué derecho es el que conoce el juez?" [\(83\)](#).

Además, en materia constitucional, es legítimo preguntarse ¿cuánto hay de "saber el derecho" y cuánto de crearlo? De nuevo, este problema parece estar presente en todas las ramas del derecho, pero en materia constitucional la amplitud de las posibilidades se torna dramática. Pensemos por un minuto en las dificultades que presentan para distinguir entre hechos y derechos, algunos esquemas teóricos muy en boga en el derecho constitucional, como la ponderación en su versión alexiana [\(84\)](#).

Una cosa es aceptar el iura novit curiae en los confines de un derecho escrito y detalladamente codificado; pero hacerlo en el marco de la interpretación constitucional y justificar con él al control de constitucionalidad de oficio es algo muy distinto.

3.3.2. Un pequeño desvío: sobre los distintos alcances de los argumentos por los cuales se declara la inconstitucionalidad de una norma

Para ver con más claridad las dificultades que enfrenta el iura novit curiae como explicación del control de constitucionalidad de oficio, debemos efectuar una breve mención acerca de los distintos argumentos a través de los cuales es posible declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Simplificando mucho esta temática, podemos decir que la declaración de inconstitucionalidad de una norma supone que ella no es compatible con (o no ha sido creada de acuerdo a lo prescripto en) normas constitucionales.

Esa incompatibilidad o discordancia puede tener características muy distintas. Mendoca y Guibourg, por ejemplo, han propuesto cinco tipos de incompatibilidades, que permiten explicar distintas situaciones en las que los poderes constituidos

realizan conductas vedadas por la Constitución. Podemos hablar de incompatibilidades lógicas (v.gr., si una ley establece el voto facultativo, mientras el art. 37 CN dispone que es obligatorio), axiológicas (cuando la colisión versa sobre ciertos valores que las normas tutelan -igualdad, libertad, honor, etc.-), pragmáticas (cuando sobre una autoridad pesa una prohibición específica de dictar cierta norma y, no obstante, esa autoridad la dicta —v.gr. art. 126 CN-), fácticas (cuando una norma es creada sin que se den las circunstancias fácticas que la Constitución exige -v.gr. si se dispone la intervención a una provincia sin que se den los supuestos del art. 6 CN-) y, formales (cuando la norma ha sido creada sin respetar el procedimiento constitucional previsto para su elaboración) [\(85\)](#) .

Ante esa variedad de situaciones en las cuales podemos identificar una divergencia entre una norma inferior y lo dispuesto en la Constitución Nacional, no es de extrañar que a la hora de plantear judicialmente una inconstitucionalidad, y al fundar las decisiones que aceptan o rechazan ese planteo, sea posible recurrir a argumentaciones con formatos muy diferentes.

De manera general, y un tanto simplificada, podemos identificar dos tipos de argumentaciones tendientes a fundar un planteo o una declaración de inconstitucionalidad.

En primer lugar, es posible sostener que una determinada norma contiene defectos que la tornan inconstitucional con independencia de cualquier aplicación concreta que pueda hacerse de ella. Por ejemplo, en la causa registrada en Fallos 325:428, la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad del artículo 58 de la Constitución de Córdoba, porque al disponer la inembargabilidad de la vivienda única, el constituyente local incursionó en una materia propia de los códigos de fondo, expresamente vedada a las Provincias por el artículo 126 de la Constitución Nacional. Como rápidamente se advierte, en este ejemplo las circunstancias concretas de aplicación de la norma no revisten ningún tipo de importancia y el análisis sobre su validez constitucional se realiza prescindiendo de ellas.

En otras ocasiones, la norma puede ser aplicada a ciertos casos sin resultar incompatible con la Constitución, pero, esa misma norma, siendo aplicada a situaciones distintas, puede resultar inconstitucional. No me refiero a hipótesis en las cuales la disposición normativa puede merecer distintas interpretaciones, sino a supuestos en los que la misma norma (disposición normativa interpretada) abarca un universo de casos integrados por supuestos en los cuales su aplicación es constitucional y otros en los cuales no lo es. Dicho con otros términos, la norma describe un sector social supuesto dentro del cual algunas de sus posibles aplicaciones son constitucionales y otras no lo son. Así ocurre, por ejemplo, con la declaración de inconstitucionalidad (o constitucionalidad) de las normas que prohíben el ajuste por inflación para liquidar el impuesto a las ganancias [\(86\)](#) .

Si bien no existen inconvenientes para que una parte efectúe un planteo de inconstitucionalidad fundándolo, de modo sucesivo, en ambos tipos de argumentos, los efectos prácticos y jurídicos de las sentencias varían según cuál sea la argumentación que se utiliza.

Nuestra Corte Suprema en ocasiones distingue este tipo de situaciones [\(87\)](#) , pero no ha elaborado ninguna denominación o categorización al respecto. Por su parte, la Suprema Corte de los Estados Unidos recurre a las doctrinas del "facial challenge" y "as-applied challenge" [\(88\)](#) . En los denominados facial challenges, el planteo de inconstitucionalidad se funda de modo directo en el texto de la disposición o en su procedimiento de sanción, con independencia de cualquier circunstancia vinculada a la aplicación concreta de ella. En este tipo de planteos las circunstancias de hecho resultan irrelevantes, ya que no existirían aplicaciones válidas de la ley. Se trata de situaciones en las cuales el tribunal identifica defectos en el origen de la norma o en sus motivaciones, que impregnan y afectan todas sus posibles aplicaciones [\(89\)](#) . Si una ley dispone la pena de muerte para el delito de secuestro extorsivo, ello será incompatible con la prohibición específica del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; o si por decreto de necesidad y urgencia se aumentan las alícuotas de un impuesto, la inconstitucionalidad de la norma se denunciará de modo "facial", es decir, con independencia de toda circunstancia particular.

Cuando la Corte Suprema sostiene que una norma legislativa es inconstitucional on its face, está sentando una regla general sobre la validez de la norma que, por el valor de sus precedentes constitucionales, no podrá ser desconocida por los tribunales inferiores [\(90\)](#) . De este modo, se explica, un "facial challenge" es siempre más amplio y general, "implica, de algún modo, que la ley está podrida hasta la médula, lo que sugiere, tal vez, la necesidad de recurrir a un remedio radical como

declararla nula (void)" [\(91\)](#) . Si bien la utilización del término "nulo" aplicado a una ley no sería correcta, ya que consideramos que el Poder Judicial, en principio, no cuenta con facultades para declarar "nula" una norma legislativa, de cualquier manera sirve para resaltar las grandes diferencias prácticas a las cuales llevan ambos tipos de planteos [\(92\)](#) .

Otro problema es, dentro de los "facial challenge", el de determinar cuándo es posible declarar inconstitucional "on its face" una norma que admite aplicaciones constitucionales o, en otros términos, cuán generalizadas deben ser sus aplicaciones inconstitucionales. La Suprema Corte de los Estados Unidos en *Salerno* [\(93\)](#) afirmó que el cuestionamiento facial de actos legislativos es el reto más difícil de llevar adelante con éxito, ya que "quien impugna debe demostrar que no existe un conjunto de circunstancias bajo las cuales la ley sería válida".

A pesar de lo riguroso de ese principio, existe una doctrina, particularmente utilizada en el ámbito de la libertad de expresión, a la que se conoce como overbreadth ("excesiva amplitud"). En virtud a la misma, es posible efectuar una declaración de inconstitucionalidad sin considerar las circunstancias particulares del caso, cuando la norma presenta un vicio que si bien no alcanza la gravedad exigida en "*Salerno*" (que todas las aplicaciones de la norma sean inconstitucionales), de todos modos su aplicación resulta inconstitucional en una gran cantidad de situaciones.

Un planteo de inconstitucionalidad overbreadth por lo general adquiere la siguiente estructura: un litigante, contra el cual una ley quizás podría ser constitucionalmente aplicada, argumenta que debido a que distintas aplicaciones de la ley a terceros serían inconstitucionales, el tribunal debería invalidar la ley y considerarla inaplicable en todo tipo de situaciones [\(94\)](#) . De este modo, la Corte puede declarar la inconstitucionalidad "on its face" de esa ley, y por lo tanto de todas sus aplicaciones, a partir de realizar una predicción de inconstitucionalidad respecto de un número sustancial de ellas. En estos casos, la invalidez de la ley deriva de la conclusión del tribunal de que ella incluye una cantidad tal de aplicaciones inconstitucionales que no puede ser tolerada [\(95\)](#) .

Esta doctrina, que se aplica principalmente en casos de violaciones a la Primera Enmienda, genera dudas en cuanto a su relación con uno de los recaudos constitucionales para la existencia de un caso judicial, como lo es el de la legitimación o standing. En materia de libertad de expresión la doctrina del overbreadth se explica por los efectos disuasorios y la autocensura a la cual podrían conducir este tipo de normas, al prohibir expresiones constitucionalmente protegidas [\(96\)](#) . Si bien la estructura del argumento es diferente, las consecuencias de declarar inconstitucional una ley por ser sobreinclusiva (overbreadth) son las mismas que si se la declara a partir de un facial challenge. Tanto es así que suele considerarse a la doctrina del overbreadth una especie de facial challenge.

Esas diferencias en los argumentos sobre los cuales puede asentarse una declaración de inconstitucionalidad sirven para ver la complejidad que puede rodear a nuestro control de constitucionalidad, y el diferente papel que pueden jugar los hechos en un juicio de inconstitucionalidad.

3.3.3. La imposibilidad de escindir los hechos del derecho a los efectos de resolver sobre la constitucionalidad de una norma

A partir de la distinción que vimos en el apartado anterior, un primer intento por aplicar la doctrina de la Corte Suprema sobre el control de constitucionalidad de oficio podría estar dirigida a aclarar que ella solo opera en aquellas declaraciones de inconstitucionalidad "faciales" o generales, pues en ellas parecería posible afirmar que el análisis constitucional consiste en una cuestión de derecho [\(97\)](#) .

Por el contrario, si la declaración de inconstitucionalidad se fundara en las circunstancias concretas de aplicación de la norma, la distinción entre hechos y derecho no sería tal, y el iura novit curiae no podrían erigirse en una explicación del control de constitucionalidad de oficio.

Aún quienes defienden el control de constitucionalidad de oficio en términos amplios, como Gordillo, deben reconocer que "a pesar de la insistencia del tribunal en que esto es cuestión de derecho, no de hecho, no puede evitar referirse a los hechos, lo cual resulta evidente en el voto disidente del Presidente. No puede declararse la inconstitucionalidad por arbitrariedad, desproporción, desviación de poder, etc., sin una indispensable fundamentación fáctica" [\(98\)](#) . Si la validez constitucional de una norma no puede ser apreciada sin tomar en cuenta los hechos, es inaceptable que las partes no puedan probar y alegar sobre ellos.

No está de más aclarar que los hechos que determinan la aplicación de una norma son distintos a los hechos que

determinan su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Y precisamente por no encontrarse en discusión la constitucionalidad de la norma, se produce una violación al derecho de defensa, pues de haber sabido que existía esa cuestión constitucional, las partes habrían podido producir pruebas tendientes a demostrar la validez constitucional de la norma.

Gelli ha destacado lo ocurrido en *Gómez c. Argercard*, donde el actor no sólo no había solicitado la inconstitucionalidad de las normas sino que atendido a ellas reclamaba el cumplimiento de lo allí dispuesto; este caso muestra, como bien lo indica la autora citada, cuán delgada es la línea divisoria entre las cuestiones de derecho —la inconstitucionalidad *ex officio*— y las cuestiones de hecho ajenas, en principio, a esa revisión [\(99\)](#).

Los ejemplos podrían ser miles. Decidir si una determinada actividad afecta o no el medio ambiente es una cuestión de prueba. Por lo tanto, no es posible sostener que la constitucionalidad o no de la norma que habilita una industria sea una cuestión de puro derecho. Resultaría absurdo que en un juicio por cobro de pesos en un contrato de concesión, donde las partes discuten si el pago efectuado por el Municipio fue total o parcial, el juez rechazara la demanda por considerar que el contrato, y la ordenanza que lo aprobó, son inconstitucionales porque la actividad concesionada es nociva para el medio ambiente.

En la práctica, cualquier norma que pretenda ser declarada inconstitucional, puede ser objeto de prueba tendiente a demostrar que, incluso si lo fuese en términos generales, no lo es en el caso concreto [\(100\)](#).

Esta situación se ve exacerbada si en lugar de pensar en una posible antinomia entre reglas jurídicas, nos situamos en un ámbito no menos habitual, como el dado por aquellos casos en los cuales se afirma que cierta regla legal es incompatible con una adecuada ponderación de principios constitucionales.

Pensemos, por ejemplo, que una regla legal puede ser absolutamente concordante con un principio constitucional (P1) y desde esa perspectiva, ambas partes discuten sobre la subsunción de los hechos en esa regla legal. Sin embargo, el juez considera que el caso también debería ser analizado a la luz de otro principio constitucional (P2) y que, de la ponderación entre ambos principios, resultaría que el ámbito de discreción del legislador sería mucho más reducido de lo que a primera vista podía parecer y, por lo tanto, la regla legal no sería compatible, en ese caso concreto, con una regla constitucional que surgiría como resultado de la ponderación de esos principios.

Para distintas corrientes del constitucionalismo actual, este recurso a la ponderación, lejos de ser una situación excepcional, es por completo habitual e, incluso, ha sido considerado por diversos autores como uno de los rasgos centrales de la aplicación del derecho en la cultura del constitucionalismo.

Tomemos como ejemplo el desarrollo que efectúa Alexy. Para este autor, mientras un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado si se declara la invalidez o si se introduce una excepción a una de ellas, las colisiones entre principios deben resolverse de una forma totalmente diversa. En cada caso concreto, y dependiendo de las circunstancias concretas, uno de los principios desplazará al restante [\(101\)](#).

Pareciera entonces que a la hora de resolver conflictos entre principios constitucionales, una completa distinción entre hechos y derecho sería inaceptable [\(102\)](#). Sólo podría aceptarse esa separación si nos limitásemos a aplicar reglas constitucionales, pero más allá de lo opinable -y por momentos inasible- de la distinción entre reglas y principios, lo cierto es que aún en la hipótesis de conflictos entre reglas, la declaración de inconstitucionalidad no podría liberarse por completo de las circunstancias del caso.

Lo dicho hasta aquí es aplicable, de modo claro, cuando se trata de declaraciones de inconstitucionalidad por las circunstancias concretas (as applied). Pero lo es también incluso en el ámbito aparentemente más general y abstracto de las declaraciones de inconstitucionalidad por argumentos generales, donde la contradicción que registra el juez entre la norma inferior y la Constitución, puede llegar a desaparecer de darse ciertos hechos cuya existencia no formó parte de la litis.

Por otra parte, incluso cuando no sea posible evitar concluir que se está en presencia de una inconstitucionalidad, siempre existe la alternativa de que la declaración de inconstitucionalidad pueda ser eludida a partir de ciertas características concretas del caso, respecto de las cuales las partes jamás pudieron alegar o probar. Un ejemplo de esa alternativa podemos verla en el voto de Lorenzetti y Zaffaroni en la causa Rinaldi [\(103\)](#), donde luego de sostener que la legislación de emergencia que se analizaba era efectivamente inconstitucional, concluyen que la declaración de inconstitucionalidad requerida

resultaba innecesaria, pues el caso debía resolverse de modo similar por aplicación de otras normas jurídicas.

En esos casos, la norma es inconstitucional, pero su declaración de inconstitucionalidad deviene estéril, pues la consecuencia que ella prevé, es la misma a la que nos conduce, en atención a las circunstancias del caso, la aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico. Esa posibilidad de sortear la inconstitucionalidad pudo haber sido brindada por las partes, si hubieran sabido que el conflicto constitucional estaba presente. Estas consideraciones son de utilidad para advertir que más allá de los conflictos que el *iura novit curiae* puede generar en cualquier ámbito del derecho, su aplicación directa a las cuestiones constitucionales resulta como mínimo peligrosa, pues pasa por alto, y simplifica en forma injustificada, la complejidad que reviste la decisión judicial que declara inconstitucional una disposición legal [\(104\)](#).

#### 3.3.4. El derecho de alegar y probar sobre la constitucionalidad de una norma forma parte del derecho de defensa

La Constitución Nacional, en su artículo 18, declara la inviolabilidad de la defensa en juicio; y distintos tratados internacionales reafirman y desarrollan ese derecho. De esa cláusula constitucional deriva el principio procesal de contradicción, el cual ha sido definido como aquél que prohíbe a los jueces dictar alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella [\(105\)](#).

Aun si pensáramos el contradictorio únicamente en términos de utilidad procesal, parece indudable que los jueces se encontrarán en mucha mejor posición para juzgar un caso si cuentan con más información sobre el mismo. A través de su vigorosa defensa, cada parte ayuda al tribunal a percibir y responder adecuadamente a las debilidades de las presentaciones efectuadas por la contraria. Esa intervención de las partes también puede iluminar distintas facetas del caso que no serían fácilmente perceptibles y que, de otro modo, podrían no ser consideradas por el tribunal [\(106\)](#). Parece significativo que el propio Kelsen haya hecho hincapié en la necesidad del contradictorio para decidir sobre la constitucionalidad de las normas [\(107\)](#).

Gialdino también enfatizó sobre ello, afirmando que "la ausencia del proceso discursivo-contradictorio ensombrece la cuestión 'constitucional/convencional' a los ojos del juzgador, cuando precisamente sobre aquella debería recaer la más abundante luz, por su magnitud en el juego de las instituciones y por los imperativos de un adecuado servicio de justicia in concreto" [\(108\)](#).

Pero mucho más allá de ese aspecto instrumental, el respeto al principio contradictorio es central para asegurar el derecho de defensa.

Así lo entendió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Ruiz-Mateos v. España* [\(109\)](#), donde se condenó a España por violar el derecho a un juicio justo (*fair*) reconocido en el art. 6. 1 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos [\(110\)](#). En esa ocasión el tribunal europeo afirmó que un juicio justo incluye el derecho fundamental de que ese procedimiento sea adversarial o contradictorio, lo cual "significa la oportunidad para las partes de conocer y comentar respecto de los argumentos esgrimidos o de los elementos de prueba presentados por la otra parte" [\(111\)](#). Si la cuestión de la constitucionalidad de las leyes es remitida a un Tribunal Constitucional —continúa el Tribunal— dentro del contexto de un proceso donde se discuten derechos civiles de un particular, a ese particular debe garantizársele el libre acceso a las observaciones de los otros participantes en el procedimiento, así como una genuina oportunidad para alegar respecto de esas observaciones.

En el caso concreto se entendió que ese derecho no quedaba asegurado con la posibilidad del particular de presentar sus argumentos ante la Audiencia, ya que se le había impedido replicar las observaciones que efectuara el Fiscal de Estado ante el Tribunal Constitucional.

Pensemos que si la violación al derecho de defensa estuvo presente en ese proceso constitucional, donde el actor expuso sus argumentos pero no pudo opinar sobre los argumentos de otros participantes, cuánto más puede considerarse presente ese mismo vicio, si en un juicio ordinario las partes se encuentran sorpresivamente con una sentencia que declara inválida la norma sobre cuya interpretación basaban la disputa.

Tal afirmación es particularmente pertinente en nuestro sistema de control de constitucionalidad, el cual se desarrolla en el marco de proceso adversarial, cuyo ADN se encuentra en los incentivos a la competencia entre las partes, para investigar los hechos e indagar y analizar las leyes gubernamentales [\(112\)](#).

Remarcando estos aspectos, Trionfetti ha considerado que resulta de utilidad ver al derecho de defensa como una garantía

de enunciación. El autor afirma que la decisión imperativa, a través de la cual el juez debe poner fin al litigio, es una decisión que conlleva, como carga la violencia, la suspensión de la palabra, pues a partir de lo que aquél ha dicho y ha quedado firme, nada más puede decirse para modificar la decisión (salvo supuestos excepcionales como la cosa juzgada írita). Ello se traduce en la clausura del discurso de las partes. Así, se instituye un solo discurso válido: el del Estado. Una sentencia, en rigor, es un "cállese", pues el Estado desplaza con su discurso al de las partes. Se llega a un punto de sutura en la expresión de las partes, la que pasa a ser sustituida por lo que el Estado expresa como certum. Fallar es liquidar el derecho a petionar, para dar plenitud al poder-deber de dirimir y hacer acatar lo dirimido. Ello es una buena razón para que el Derecho Procesal sea el Derecho de las oportunidades de la palabra, pues si ésta va a ser inevitablemente cancelada con la res iudicata, entonces deben admitirse las mejores condiciones posibles para que quien anuncie y requiera tenga un umbral mínimo de ser oído y atendido. Antes de vencer hay que convencer, para que ello suceda se necesita que esté garantizada la actividad alegatoria y refutatoria de las partes. Oportunidad de hablar-ser escuchado es oportunidad, no tanto de triunfar, sino de no ser vencido violentamente [\(113\)](#) .

Se ha sostenido, en posición que decididamente compartimos, que "el juez debe hacerse cargo de las pretensiones - también de subsunción normativa- de las partes en el proceso. Si las condiciones de aplicabilidad de la norma están indeterminadas, si la propia consecuencia jurídica constituye un abanico de opciones para el juez, entonces los protagonistas del debate procesal tienen algo que decir al respecto y el juez debe incluir esos argumentos en su decisión, asumiéndolos como propios o refutándolos adecuadamente" [\(114\)](#) .

Antes del dictado de la sentencia, las partes tuvieron efectivamente la posibilidad de alegar y probar respecto de los hechos denunciados y de la aplicación de las normas creadas por el legislador o por el Poder Ejecutivo, pero presumiéndolas y aceptándolas como válidas. Si la cuestión constitucional es introducida por el juez en la sentencia, se habrá impedido a las partes alegar y probar respecto de la constitucionalidad de la disposición que el juez decide dejar de aplicar. De esta forma, se priva a los justiciables de la posibilidad de acompañar elementos de hecho y de derecho destinados a demostrar, por ejemplo, que la disposición no es inconstitucional en términos generales, o que no lo es en el caso concreto, o que su declaración de inconstitucionalidad es innecesaria, pues se arribaría a un mismo resultado a través de otros principios jurídicos aplicables en razón de circunstancias de hecho que podrían haber sido acreditadas de conocerse la existencia de la cuestión constitucional, etcétera.

Queremos insistir sobre algo que nos parece claro y de gran relevancia en materia de derecho de defensa: alegar y probar acerca de la aplicación de una norma a los hechos que se juzgan, es, o puede ser, muy distinto a alegar y probar acerca de la compatibilidad entre esa norma y la Constitución.

Se ha intentado responder a estas objeciones afirmando que la cuestión constitucional estaría implícita en todos los casos, por lo que las partes deberían alegar y probar al respecto, aun cuando estén de acuerdo con la constitucionalidad de las normas. En este sentido, se afirma, por ejemplo, que "nadie puede sentirse sorprendido por ella [por la función de control de constitucionalidad] y es un deber de buen litigante anticiparse a ella, justificando la constitucionalidad de la ley sobre la que se apoyan los derechos invocados" [\(115\)](#) .

No creemos que sea ni teórica ni prácticamente aceptable colocar sobre los justiciables la carga de alegar y probar, en todos los casos, respecto de algo muy distinto a aquello a lo que están debatiendo, como lo es la constitucionalidad de cada una de las normas cuya aplicación solicitan. Semejante carga debería incluir, para tener verdadero sentido, el alegato y prueba de la constitucionalidad de la norma desde todos los puntos de vista imaginables, así como respecto de las posibilidades de sortear la declaración de inconstitucionalidad por otros motivos distintos al de su validez. Una labor profesional diligente podría llevar de tres a trescientas páginas el escrito de inicio en la ejecución de un pagaré, y a ello debería luego sumarse la producción de una gran cantidad de pruebas de diversa naturaleza. Lo dificultoso y engorroso de esa situación, es también un buen motivo para rechazarla.

Frente a este tipo de problemas, distintos autores han propuesto la conveniencia de realizar un traslado previo a las partes. Es de destacar que esta misma solución es la que prevé la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español [\(116\)](#) siendo ello significativo, ya que se trata de un tribunal específicamente establecido para controlar la constitucionalidad de la norma, ante cuyos estrados nadie podría sentirse sorprendido por una declaración de inconstitucionalidad.

Un traslado previo a las partes es algo tan sencillo, y puede brindar tanta información al juez, que no es fácil comprender

la negativa a su realización.

Pero no deseamos conducir a errores, no creemos que el previo traslado a las partes sea suficiente para saldar un problema jurídico y moral aún más relevante, del cual nos ocuparemos en el próximo apartado.

3.4. El control de constitucionalidad de oficio, en nuestro sistema constitucional, es incompatible con el principio de autonomía individual y con la finalidad misma del Estado de Derecho

#### 3.4.1. Supuesta irrenunciabilidad de los derechos constitucionales

Para defender el control de constitucionalidad de oficio no es suficiente decir que el juez conoce el derecho, pues quienes hacemos sentir nuestras críticas en su contra no sostenemos que el juez deba apartarse de la Constitución, sino que consideramos que es ésta quien le impone respetar las decisiones procesales de las partes. Así como, por ejemplo, los jueces deben tolerar que las partes no inicien un pleito, o que decidan desistirlo, o consentir un fallo adverso, creemos que el ordenamiento jurídico les impone, al menos en principio, aceptar que los justiciables toleren una situación que ellos pueden considerar inconstitucional [\(117\)](#) .

Por tal motivo, para justificar al control de constitucionalidad de oficio, al principio *iura novit curiae* deberá sumársele una premisa adicional. Ella estaría dada por la prohibición, de que las partes renuncien a que el juez declare la inconstitucionalidad de una norma que las perjudica. Esa prohibición surgiría del artículo 31 de la Constitución.

En este sentido, Haro afirma que si la supremacía constitucional pudiera dejar de ser aplicada por decisión de las partes "los jueces se convertirían en meros aplicadores de un sistema jurídico parcializado por el interés de las partes, que así podrán poner los límites que deseen a la excelsa tarea de hacer justicia... Entonces el PJ más que guardián de la CN, se convertirá en custodio de apetencias privadas de dudosa legitimidad y los jueces declinarán sus plenas potestades jurisdiccionales" [\(118\)](#) .

Por un carril similar se ha pronunciado Vanossi, al aseverar que "el reconocimiento de la Constitución como norma de orden público es el principal argumento para la explicación racional de la necesidad de mecanismos que aseguren el control de constitucionalidad con relación a las normas y actos inferiores: sin ese control se tomaría ilusoria la supremacía constitucional como norma de orden público, ya que los órganos de aplicación y los particulares podrían 'disponer' de los contenidos constitucionales, que perderían así la nota de imperatividad que es propia de su jerarquía normativa" [\(119\)](#) . No son distintas, entre muchísimas más, las palabras de Bazán, para quien "la tesis que postula la proscripción de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas aparece destituida de fundamento jurídico, ya que la supremacía constitucional es de orden público y el requerimiento de las partes no puede funcionar como elemento determinante de la actividad jurisdiccional cuando de desechar normas refractarias a la Constitución se trate" [\(120\)](#) . También es muy enfático en este aspecto Manili, para quien lo que las partes pudieran haber convenido con base en una norma inconstitucional, es también inconstitucional y debe ser descalificado por el órgano jurisdiccional en su carácter de guardián de la Constitución; resolver lo contrario implicaría sostener que ella admite acuerdo en contrario, con grosera violación del principio de supremacía constitucional [\(121\)](#) .

Esa es, en buena medida, la doctrina mayoritaria. Una respuesta alternativa a la misma, es aquella que entiende que la Constitución Nacional obliga al juez, salvo situaciones excepcionales, a respetar la voluntad de las partes de desestimar la cuestión constitucional, del mismo modo que debe hacerlo con cualquier otra renuncia o convención que los individuos realicen respecto de sus derechos.

#### 3.4.2. Autonomía Individual y Estado de Derecho

Sabemos que la idea de Estado de Derecho se construye a partir de distintas vertientes y que su delimitación dista de ser pacífica. Pero si la discusión instrumental, acerca de los recaudos que debe tener un determinado sistema para ser considerado un Estado de Derecho, no puede considerarse concluida, en cambio, podemos suponer que, al menos en el presente, la idea de "Estado de Derecho" quedó estrechamente unida a la suerte de las concepciones personalistas sobre la relación individuo-sociedad-Estado [\(122\)](#) .

Desde esta óptica se ha afirmado que "la nota teleológica esencial que define al gobierno de las leyes o sistema democrático constitucional y lo distingue del gobierno de los hombres o sistema autoritario la da el que tiene por finalidad suprema la garantía de la libertad del hombre... El ser humano aparece de este modo como un fin y el Estado como el medio que sirve para ese fin" [\(123\)](#) .



En buena medida, Estado Constitucional de Derecho y Estado paternalista pueden ser considerados como antítesis. Al hablar de paternalismo me refiero, con Bobbio, a toda doctrina política que atribuye al Estado el derecho de intervención en la esfera interior del individuo, con base en la consideración de que cada individuo, incluso el adulto, tiene necesidad de ser protegido de sus propias inclinaciones e impulsos [\(124\)](#) .

De allí el principio de autonomía personal, que puede ser enunciado en los siguientes términos: siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado y los demás individuos, no deben interferir en esa elección, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente [\(125\)](#) .

La importancia de reconocer este ámbito de autonomía ha sido advertida desde distintas vertientes filosóficas. Así, un pensador católico, como Werner Goldschmidt, afirmó que el principio mismo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual cada persona sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, de personalizarse [\(126\)](#) . Mientras que desde una mirada completamente distinta, como la del utilitarismo, John Stuart Mill sostuvo, con particular firmeza, que "el único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente" [\(127\)](#) .

Puede sostenerse, y asumiremos aquí como premisa, que todos los instrumentos del Estado de Derecho (soberanía popular, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, libertades individuales, sistema pluralista de partidos políticos, etc.), tienen por finalidad asegurar la libertad de los individuos. Esta finalidad del Estado es el prisma a partir del cual debemos valorar los distintos institutos que pueden considerarse con exigencias propias del Estado de Derecho. Entre ellos, el control de constitucionalidad.

Dentro de ese marco, encontramos a nuestro favor una de las disposiciones basales de nuestro sistema constitucional, como lo es la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional [\(128\)](#) . Emparentado con el artículo 5 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano ("La ley sólo tiene el derecho de prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad"), el artículo citado brinda a la República Argentina una base filosófica humanista y antitotalitaria, y, lejos de limitarse a un mero derecho a la intimidad o en una libertad para realizar conductas en secreto, la norma reconoce la facultad básica y elemental de todo ser humano de elegir su plan de vida y desarrollarse conforme al modelo de virtud que, equivocado o no, considere más adecuado [\(129\)](#) .

### 3.4.3. El principio de autonomía individual y el control de constitucionalidad de oficio

Desde nuestra óptica, el principio de autonomía permite que las personas, así como son libres de decidir promover o no un proceso judicial, una vez iniciado éste puedan dejar de lado el análisis de la constitucionalidad de la norma cuya aplicación consienten, en tanto esa decisión no perjudique sino a ellas mismas. Se trata, en definitiva, de reconocer la presencia de una norma secundaria por la cual el Poder Judicial debe respetar la voluntad de los individuos, incluso cuando ella implique renunciar a un bien que el ordenamiento jurídico les reconoce.

Como explica Nino, "el principio de autonomía asigna también otra dimensión a la voluntad del individuo: los bienes que los derechos individuales protegen según ese principio, no sólo deben satisfacer la condición de ser recursos que faciliten la libre elección de planes de vida, sino también la de que su posesión no sea incompatible con la materialización del proyecto que el individuo ha elegido, por lo tanto tales bienes son en principio disponibles por sus titulares" [\(130\)](#) .

La aplicación de *iura novit curiae* y la supuesta indisponibilidad de las previsiones constitucionales, llevan a que, como bien señala (no sin tono crítico) Lozano, el juez deba declarar la inconstitucionalidad con prescindencia de quién es el favorecido por la declaración, es decir, aun cuando el favorecido no sea el titular del derecho vulnerado; deberá hacerlo aun en contra de la voluntad manifestada por la parte, ya sea en juicio o en una renuncia previa [\(131\)](#) .

Creemos, en cambio, que la aplicación del principio de autonomía al tema que nos ocupa, implica aceptar que la decisión del individuo de no cuestionar la constitucionalidad de una norma es en principio una acción personal, que no debe ser interferida por la judicatura, a menos que exista perjuicio a terceros.

Por cierto que todos los actos humanos afectan, de algún modo, al resto de los individuos. Pero esa afectación deberá

tener una intensidad y cercanía causal sumamente relevante. De lo contrario, si aceptásemos una interpretación literal del artículo 19 y fuera suficiente con que la conducta humana afecte "de algún modo" a terceros, lo que la disposición estaría proclamando podría ser sostenido sin inconvenientes por la Alemania Nazi, el Régimen Iraní o cualquier totalitarismo.

De allí es que estemos de acuerdo en considerar que una conducta está exenta de toda interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el agente como relevante a su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, no incluyéndose entre esos intereses las meras preferencias de los demás acerca del plan de vida que el agente debería adoptar [\(132\)](#) .

Padilla ha defendido esta posición, al indicar que "la Constitución declara derechos subjetivos y, por serlo, naturalmente es a sus titulares a quienes toca resolver si renunciarán o no, tanto en forma total como parcial, a ejercerlos con el espíritu que inspira la Ley Fundamental; es menester insistir en que la idea misma de libertad encierra la posibilidad de no usarla; no advierto, pues, cómo esta subjetiva decisión puede configurar una lesión al orden público constitucional" [\(133\)](#) .

Una posición similar ha sido sostenida, entre otros, por Bielsa [\(134\)](#) , Moliné O'Connor [\(135\)](#) , los ya citados Lozano y Amaya, y más recientemente, comentando Rodríguez Pereyra, Sagüés indicó que "la declaración de inconstitucionalidad de oficio solamente tendría mayor razón de ser en materia de derechos no disponibles, por tanto irrenunciables" [\(136\)](#) .

El respeto a las decisiones individuales en materia constitucional no solo es importante para aquellos involucrados en la contienda judicial; también cumple funciones de gran relevancia social.

No debe menospreciarse la posibilidad de que convivan y se ejerzan diversas miradas sobre un mismo conflicto constitucional. Muchas veces los acuerdos en materia constitucional se alcanzan sólo sobre algunos aspectos o sobre algunas prácticas, pero se trata de acuerdos que se rápidamente se esfuman cuando se va desde la disposición hacia lo concreto o hacia lo general [\(137\)](#) . Frente a ello, sustituir la decisión o las preferencias de los individuos, por las decisiones o las preferencias del juez, constituye una limitación al principio de autonomía individual que, sin una justificación muy especial en el caso concreto, es incompatible con la norma que surge del artículo 19 y con la dignidad de cada uno de nosotros [\(138\)](#) .

Por otra parte, es posible hacer notar que el principio de autonomía personal presupone, y exige, entre otras cosas, que las partes puedan predecir el resultado de sus conductas y, en nuestro caso, que puedan predecir cómo habrá de resolver el juez sus planteos [\(139\)](#) , y difícilmente pueda contribuirse a ese ideal de certeza o previsibilidad dejando en manos del juez la posibilidad de modificar sorpresivamente el marco jurídico sobre el cual las partes decidieron llevar adelante su disputa.

#### 3.4.4. Excepciones

Muchas veces se ha hablado del control de constitucionalidad de oficio como una facultad de los jueces. Si por ello entendemos una permisión del ordenamiento jurídico a los jueces, creemos que la misma no existe. No hay aquí ningún gris. El juez no puede introducirse en esa temática, salvo en aquellos casos excepcionales en los que está obligado a hacerlo.

El juez deberá declarar de oficio la inconstitucionalidad, cuando esté frente a una transgresión constitucional respecto de cuyo planteo las partes no puedan renunciar. En esos casos no hay una facultad, sino una obligación del juez de no otorgar validez a los actos inconstitucionales.

Un ejemplo de esos casos excepcionales, en donde la cuestión de constitucionalidad es introducida por el tribunal, lo constituyen aquellas vinculadas con la competencia del tribunal, como en "Marbury", donde la declaración de inconstitucionalidad no se dicta en el interés de los individuos, sino para proteger las competencias asignadas por la Constitución a los tribunales. Pero incluso en esas situaciones, no es admisible que el juez deje de escuchar previamente a las partes sobre la cuestión constitucional.

Un contrato de esclavitud o un convenio homicida son buenos ejemplos de situaciones que parecen no ser toleradas ni siquiera con el consentimiento del perjudicado. No podemos desconocer que existe una zona gris muy amplia acerca de lo que puede y no puede renunciarse; lo que está claro es que la libertad debe ser el principio general, que quien dese limitarla debe soportar la carga de brindar una argumentación seria, y que cuantas más limitaciones existan a ese principio, el sistema tendrá mayores connotaciones paternalistas o directamente autoritarias.

Desde luego, hablamos de renunciaciones, y no de olvidos o fallas del letrado, y mucho menos de decisiones tomadas bajo intimidación o en estado de necesidad [\(140\)](#) . Todos estos supuestos no contienen una verdadera renuncia y en ellos, antes de aplicar o descartar el control de constitucionalidad, deberíamos procurar conocer con mayor certeza la voluntad de la persona

involucrada.

Fuera de esos supuestos extraordinarios, en los cuales los derechos constitucionales no pueden dejar de ser ejercidos por el particular y el control de constitucionalidad es una obligación del juez, la regla generalísima debe ser la libre disposición de esos derechos y, por lo tanto, la declaración de inconstitucionalidad no se justifica en contra de la voluntad de las partes.

Precisamente aquí es donde debemos detenernos. Si juez extiende el iura novit curia y la supremacía constitucional, al extremo de hacerlos prevalecer de modo axiomático sobre la libertad individual, lejos de aplicar el derecho, lo que se está haciendo es infringir el límite impuesto por el artículo 19 de la Ley Fundamental.

Es inevitable aquí el recuerdo de Popper: "de todos los ideales políticos quizás el más peligroso sea el de querer hacer felices a los pueblos. En efecto, lleva invariablemente a la tentativa de imponer nuestra escala de valores 'superiores' a los demás, para hacerles comprender lo que a nosotros nos parece de la mayor importancia para su felicidad; por así decirlo, para salvar sus almas.... Se basa además -a mi entender- en una interpretación completamente errónea de nuestros deberes morales. Nuestra obligación es ayudar a aquellos que necesitan nuestra ayuda, pero no la de hacer felices a los demás, puesto que esto no depende de nosotros y más de una vez significaría una intrusión indeseable en la vida privada de aquellos hacia quienes nos impulsan nuestra buenas intenciones" [\(141\)](#) .

#### 4. Conclusiones

La reciente sentencia de la Corte Suprema en la causa Whirlpool Puntana SA resulta ostensiblemente incompatible con la supuesta obligación de los jueces de controlar de oficio la constitucionalidad de las normas, enunciada por la mayoría de la Corte Suprema en Rodríguez Pereyra y sus precedentes. Pero en lugar de suponer que el Tribunal incumplió esa obligación, el caso sirve para poner de manifiesto la necesidad de revisar la doctrina mayoritaria.

Entiendo, como he explicitado, que el control de constitucionalidad de oficio tiene reservado un lugar en nuestro sistema constitucional, pero es mucho más pequeño que el que hoy sostiene la doctrina mayoritaria. Sólo es admisible, y siempre previa audiencia a las partes, cuando estemos ante hipótesis excepcionales, de derechos que en ese caso concreto no puedan ser renunciados por los particulares. Esto implica cargar sobre el juez la carga de argumentar por qué motivo considera que las decisiones individuales deber ser sustituidas por su criterio jurídico. Se trata de una fundamentación que debe darse en el caso concreto, pues todos los derechos pueden ser objeto de renuncia en alguna hipótesis más o menos especial [\(142\)](#) .

Nuestro sistema constitucional es instrumental. No es un sistema totalitario en el cual el Estado sea un fin en sí mismo. Ni la coherencia del sistema jurídico ni la supremacía de la Constitución pueden serlo; solo la libertad y la dignidad de los individuos pueden ser los fines de un Estado constitucional.

Lo que se procura a través de la Constitución, es asegurar a todos un ámbito de libertad, y precisamente dentro de ese ámbito de libertad está la posibilidad de cada habitante de decidir cuándo es que sus derechos constitucionales se han visto afectados y cuándo no está dispuesto a tolerar esa afectación. Ello forma parte de la libertad que nos asegura el artículo 19 de la Ley Fundamental.

Si la reciprocidad y el mutuo respeto son deseables, se sigue que los funcionarios públicos o los jueces, más aún quizás que la gente común, no deberían desafiar las convicciones más profundas y determinantes de sus conciudadanos, al menos si esas convicciones son razonables y si ellos no tienen necesidad de hacerlo [\(143\)](#) .

En definitiva, como bien lo señala Santiago, en los asuntos humanos es conveniente aprender a contar sólo hasta uno. Cada persona es única e irreplicable, y no se diluye en los grupos sociales a los que pertenece. Tiene derecho, por tanto, a un legítimo ámbito de libre autodeterminación, ante el Estado, los grupos sociales y las demás personas [\(144\)](#) .

Imponer a los particulares una determinada interpretación o solución constitucional, cuando su decisión en contra no genera un perjuicio relevante más o menos directo a terceros, sólo podría aceptarse frente a hipótesis muy excepcionales, en las cuales nos encontremos ante bienes a los que, en las circunstancias concretas que se juzgan, los individuos no puedan renunciar. De lo contrario, el Poder Judicial estará irrumpiendo en un ámbito de autonomía individual que le está vedado por una norma constitucional secundaria. Dicho con otras palabras, serán los jueces, a través de una declaración de inconstitucionalidad que nadie les pidió, quienes habrán quebrantado el orden constitucional.

(1) Fallos 190:142.

(2) Fallos 327:3 117.

(3) Fallos 335:2333.

(4) 11 de diciembre de 2014.

(5) Como resumen de la posición de este Tribunal, vale traer a colación lo sostenido en *Gelman v. Uruguay* (supervisión de cumplimiento de sentencia, 20.03.2013), donde se afirma que "todos sus órganos [del Estado], incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (párr. 66, con citas de *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, párr. 124; *Caso Gomes Lund y otros -Guerrilha do Araguaia- Vs. Brasil*, párr. 176, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220*, párr. 225. Véase asimismo *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 193, y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*, párr. 303)".

(6) Se trata de un supuesto que la Corte Suprema viene ejerciendo, de modo periódico, desde el año 1903 hasta la actualidad. En el mismo, el Tribunal no ejerce las funciones jurisdiccionales previstas en los artículos 116 y 117, ni tampoco facultades de superintendencia (art. 113), sino que se trata de una herramienta que surgiría del artículo 109 de la Ley Fundamental, en tanto cabeza del poder judicial, y a fin de defender la independencia de éste.

(7) Es de destacar que el argumento relativo al derecho de defensa no estaba mencionado en *Ganadera Los Lagos*, sino que fue incluido en pronunciamientos posteriores del tribunal.

(8) BIANCHI, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, 2da. ed., Abaco, Bs. As, 2002, t. 1, Ps. 325/326.

(9) 5 U.S. 137.

(10) MOLINÉ O'CONNOR, Eduardo J., "El control de constitucionalidad y las garantías individuales", en Seminario sobre jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, EDUCA, Bs. As., 1999, p. 118.

(11) LOZANO, Luis F., *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Ad Hoc, Bs. As., 2004, Ps. 165 y sgtes. De acuerdo a la cita que realiza este último autor, las palabras de Cooley eran las siguientes: "It is both more proper and more respectful to a co-ordinate department to discuss constitutional questions only when that is the very *lis mota*".

(12) Suelen citarse, entre otros, los casos *Caffarena* (Fallos 10:427), *Casares c/ Sívori* (Fallos 11:257), y *Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo* (Fallos 33:162). Sin embargo, en ninguno de ellos estamos frente a una declaración de inconstitucionalidad de oficio y su interpretación dista de ser unívoca. El caso más cercano en este aspecto es *Casares c/ Sívori*, donde en la sentencia del juez de sección hay una clara mención a la posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de un contrato de concesión para el cobro de un tributo que no había creado por ley, pero la sentencia rechaza la demanda por considerar que, más allá de la constitucionalidad o no del contrato, los actos en cuestión no estaban alcanzados por el tributo.

(13) GARAY, Alberto F., "Sobre el control de constitucionalidad de oficio, nuevamente", JA 2014-IV, 2014-11-19. Agrega el autor que "en realidad, tengo para mí que el control de constitucionalidad de oficio jamás estuvo en el diseño de nuestro sistema constitucional y por ello es que desde sus orígenes no se aludía sistemáticamente a él. Este tipo de control era impensable entonces. Ya bastantes problemas traía el control a pedido de parte."

(14) 448 U.S. 358.

(15) Señaló la aquí la Suprema Corte que "It is equally clear, however, that the appellees and the United States are correct in asserting that the District Court in fact lacked jurisdiction to consider the constitutionality of the Hyde Amendment, for the court acted in the absence of a case or controversy sufficient to permit an exercise of judicial power under Art. III of the Constitution. None of the parties to these cases ever challenged the validity of the Hyde Amendment, and the appellees could have been awarded all the relief they sought entirely on the basis of the District Court's ruling with regard to the Illinois statute. The constitutional validity of the Hyde Amendment was interjected as an issue in these cases

only by the erroneous mandate of the Court of Appeals. But, even though the District Court was simply following that mandate, the directive of the Court of Appeals could not create a case or controversy where none otherwise existed. It is clear, therefore, that the District Court exceeded its jurisdiction under Art. III in declaring the Hyde Amendment unconstitutional."

(16) 455 U.S. 100.

(17) Fallos 234:335, 242:112; 248:702; 251:455; 254:201; 252:328 267:150; 269:225; 282:15; 289:177; 304:967, 305:2046, etc.

(18) Fallos 238:288.

(19) Fallos 248:398.

(20) Fallos 250:716; 257:151; 284:100, etc.

(21) Fallos 311:1855.

(22) Fallos 248:702.

(23) Art. 132: "(...) El juez a pedido de parte o de oficio debe siempre verificar la constitucionalidad de las normas que aplica".

(24) Art. 196: "(...) a pedido de parte o de oficio, verifica la constitucionalidad de las normas que aplica".

(25) Art. 10: "(...) los jueces deben declarar la inconstitucionalidad en juicio, aun cuando no hubiese sido requerido por las partes".

(26) Por ejemplo, la ley de amparo de Santa Fe establece que "el juez del amparo debe pronunciar de oficio o a petición de parte la inconstitucionalidad de las normas que padezcan de tal vicio" (art. 3).

(27) "Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto u omisión lesiva".

(28) Fallos 306:303.

(29) Fallos 321:993.

(30) Fallos 321:1058. En esta causa, en lo que podría implicar cierta atenuación a la doctrina tradicional, la mayoría aceptó tratar una cuestión constitucional introducida recién al expresar agravios. Sin embargo, una situación similar había ocurrido en *Acosta c/ Crysif* (Fallos 298:147 con nota de Bidart Campos en E.D. 74-385), sin que la doctrina tradicional fuese posteriormente modificada. Se había dicho en esta última ocasión que "siendo propio de los jueces de la causa determinar cuáles son las cuestiones debatidas en juicio, no es descalificable por arbitrariedad la sentencia de Cámara que se pronuncia... sobre la validez del artículo 11 del decreto 1045/74... pues el tema aparece propuesto a fs. 175 vta. de la expresión de agravios de la parte demandada y a fs. 180 del traslado que evacuó la actora."

(31) Fallos 324:3219.

(32) LOPEZ, Guillermo, "El control de constitucionalidad de oficio", L.L. 2002-F, 1278.

(33) Fallos 327:3 117.

(34) Fallos 327:5723.

(35) Si bien no hicieron ninguna declaración de principios a favor o en contra del control de constitucionalidad de oficio, el segundo párrafo del considerando 5° de su disidencia es lo suficientemente claro como para concluir que los jueces adscribían a la doctrina tradicional del Tribunal: "En materia de derechos disponibles, la cuestión constitucional debe emerger precisamente enmarcada de la confrontación de argumentos encontrados, oportunamente expuestos por las partes interesadas en modo tal que al Tribunal le sea posible considerar todos los aspectos del conflicto y dirimirlo, ya sea dando preeminencia al derecho que una de las partes funda directamente en la Constitución Nacional, o bien al expresado por la parte contraria con fundamento en la validez de la ley federal invocada". La mención a "derechos disponibles" puede implicar -o no- la voluntad de efectuar correcciones a la doctrina tradicional.

(36) Fallos 328:2056

(37) Fallos 329:5903.

(38) En su considerando 6to. dijo: "el ejercicio de las atribuciones de los tribunales de justicia debe ser provocado y se ejerce en el marco de la causa sometida a su jurisdicción (art. 116 de la Constitución Nacional). Que de conformidad con una antigua jurisprudencia de este Tribunal, la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos sólo puede pronunciarse a petición de parte interesada..., les está vedado a los jueces declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas. Este principio resulta ser corolario del art. 2º de la ley 27 y reconoce como necesaria limitación la existencia de un conflicto judicial y de un peticionante cuyos derechos se encuentran afectados. Resulta indispensable que exista en un pleito una cuestión que proporcione al Poder Judicial la posibilidad de examinar si la ley o la norma conforma sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional. Ello supone que un pedido de protección constitucional se encuentre comprendido en la pretensión deducida por alguno de los litigantes".

(39) Fallos 335:2333.

(40) La sentencia de la Corte Suprema en Rodríguez Pereyra también cita otros precedentes del Tribunal, como el caso Sojo. Sin embargo, se trata de citas forzadas, pues, como bien lo puso de manifiesto Gelli, "de los precedentes judiciales citados por la Corte Suprema y emitidos en diferentes etapas históricas emerge la insoslayable necesidad de que prevalezca la Constitución por sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Es decir, surge una contundente defensa del principio de supremacía y del deber de mantenerlo por parte del Poder Judicial. Sin embargo, no resulta tan claro que en todos ellos se haya aplicado el control de constitucionalidad de oficio de manera expresa. Excepto, por supuesto, en el voto en minoría en "Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario", en 'Mill de Pereyra' y en 'Banco Comercial de Finanzas' (2004)" (GELLI, María Angélica, "La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Fundamentos y alcances", L.L. 2013-A, 25).

(41) Dentro de tales pautas se excluye, claro está, la regla adjetiva de exige una adecuada fundamentación y planteo oportuno del planteo de inconstitucionalidad.

(42) También sostiene la Corte Suprema que "se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera. Como puede apreciarse, el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control"

(43) Expte. M. 1391. XLVII. REX, sentencia del 6 de marzo de 2014, con el voto de los jueces Lorenzetti, Highton, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, y el voto concurrente de Argibay.

(44) "7º) Que, al respecto, es del todo propicio evocar lo establecido en la causa R. 401. XLIII "Rodríguez Pereyra, Jorge' Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", fallada por esta Corte el 27 de noviembre de 2012. En esa oportunidad, se expresó que "el control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (confr. casos 'Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña' y 'Gómez Lund y otros', citados en el considerando 12 de la sentencia examinada). Se enfatizó que 'el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que se irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteo s argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación'. En este sentido, -se remarcó- 'se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante 'la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera". Como puede apreciarse, 'el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control' (considerando 13 voto de la mayoría, cit., énfasis agregado)."

(45) GARAY, Alberto F., "Sobre el control de constitucionalidad de oficio, nuevamente", cit.

(46) CSJN, "Camaronera Patagónica S.A. c. Ministerio de Economía y otros s/ amparo", 15.04.2014.

(47) Considerando 5°).

(48) Cons. 7°) "Que, por cuanto se ha expresado, corresponde declarar que, en el sub examine, tanto el requerimiento de la 'situación geográfica' en los términos expresados, como la exigencia de haber 'entrado efectivamente en combate', conducen a declarar la inconstitucionalidad del arto 1° de la ley 24.892 por vulnerar la garantía prevista en el arto 16 de la Constitución Nacional y, por ende, la nulidad de la resolución 777/04 del Ministerio de Defensa, que denegó el reclamo del actor. Finalmente, si bien es cierto que ni la resolución ni la normativa recién mencionadas fueron impugnadas constitucionalmente por el actor, no lo es menos que lo resuelto por esta Corte el 27 de noviembre de 2012 sobre el punto en la causa 'Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios' resulta de 'plena aplicación al caso, por lo que cabe remitir a sus fundamentos, en razón de brevedad'".

(49) BIDART CAMPOS, Germán J., El Derecho Constitucional del Poder, Ediar, Bs. As., 1997, t. II, p. 325.

(50) HARO, Ricardo, Control de constitucionalidad, 2da. ed., Zavalía, Bs. As., 2008, p. 81 y sgts.

(51) SAGÜÉS, Néstor Pedro, "El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en Argentina: Prohibición facultad o deber", E.D. 181-1093. Una primera crítica del autor a la posición tradicional de la Corte podemos encontrarla en "La prohibición de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas", L.L. 1981-A, 841, postura que mantiene en términos generales al comentar Rodríguez Pereyra ("El control de constitucionalidad de oficio ¿deber de los jueces argentinos?", L.L. 2013-A, 35).

(52) VANOSI, Jorge Reinaldo, entre muchos otros "El control de constitucionalidad 'de oficio' y el control de convencionalidad. (Una de cal y una de arena)", L.L. 2013-A, 37.

(53) BIANCHI, Alberto B., Control de Constitucionalidad, op. cit., t. 1, p. 338 y sgts.

(54) GOZAÍNI, Osvaldo A., en "Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad", GELLI, María Angélica - GOZAÍNI, Osvaldo A. - SAGÜÉS, Néstor P., L.L. 2011-B, 779.

(55) LÓPEZ, Guillermo F., "El control de constitucionalidad de oficio", L.L. 2002-F, 1278

(56) BAZÁN, Víctor, "Los Jueces ante el Control de Constitucionalidad de Oficio", Federación Argentina de la Magistratura, Doctrina y Jurisprudencia, 28 de octubre de 2000.

(57) GORDILLO, Agustín, "La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio", L.L. 2004-E, 1231

(58) MANILI, Pablo L., Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1863-2007, Editorial Universidad, Bs. As., 2007, ps. 315 y ss.

(59) PALACIO de CAEIRO, Silvia B., "Controles de constitucionalidad de oficio y de convencionalidad ex officio en el principio iura novit curia", SJA 2013/10/09 — 4.

(60) TORICELLI, Maximiliano, Organización constitucional del poder, Astrea, Bs. As., 2010, tomo 1, p. 151/152). El autor acepta el control de constitucionalidad de oficio "en tanto no se afecte el derecho de defensa —lo cual ocurre en caso de la declaración de inconstitucionalidad ajenas al objeto de la pretensión-, ni implique un apartamiento de la pretensión principal". De ese modo modifica su posición previa, contraria al control de constitucionalidad de oficio, expuesta en en Control de constitucionalidad en la Argentina, LexisNexis Depalma, Bs. As., 2002, Ps. 150/151.

(61) MARANIELLO, Patricio A., Declaración de inconstitucionalidad de oficio, Librería del Jurista, Bs. As., 2008.

(62) JIMÉNEZ, Eduardo P., "El control judicial de constitucionalidad 'de oficio' en la República Argentina", en AAVV, Tratado de Derecho Procesal Constitucional, Manili (dir), La Ley, 2010, tomo I, p. 399.

(63) PADILLA, Miguel "El orden público y la declaración de oficio de la inconstitucionalidad", L.L. 1984-C, 320.

(64) BADENI, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, 3re. ed., La Ley, Bs. As., 2010, T. 1, p. 455.

(65) SAGÜÉS, Néstor Pedro, en "Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad", GELLI, María Angélica - GOZAÍNI, Osvaldo A. - SAGÜÉS, Néstor P., L.L. 2011-B, 779.

(66) GIALDINO, Rolando E. "Un lugar de encuentro en materia de control de constitucionalidad", LL, 1997-C, 1013, y

"Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos", L.L. 2008-C, 1295.

(67) GONZÁLEZ, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina (1853-1860), actualizado por Humberto Quiroga Lavié, La Ley, Bs. As., 2001, p. 262.

(68) LOZANO, Luis F., La declaración de inconstitucionalidad de oficio, cit.

(69) GARAY, Alberto F., "Controversia sobre el control de constitucionalidad de oficio", JA 2008-II-1404, "Sobre el control de constitucionalidad de oficio, nuevamente" cit.

(70) AMAYA, Jorge Alejandro, Control de constitucionalidad, ASTREA, Bs. As., 2012, ps. 209/2010.

(71) MOLINÉ O'CONNOR, Eduardo J., "El control de constitucionalidad y las garantías individuales", en Seminario sobre jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, EDUCA, Buenos Aires, 1999, p. 118.

(72) HART, Herbert L.A., El concepto de derecho, 3ra. ed, trad. de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, p. 117.

(73) ALCHURRÓN, Carlos E. — BULYGIN, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Astrea, Bs. As., 1987, ps. 205 - 213.

(74) CHIASSONI, Pierluigi, "Antinomias", en AAVV, Interpretación y razonamiento jurídico, Vol. II, ARA Editores, Lima 2010, p. 281

(75) "Es obligación del juez suplir el derecho invocado, y en esa suplencia puede y debe fiscalizar de oficio la constitucionalidad dentro de lo más estricto de su función" (BIDART CAMPOS, Germán J., El Derecho Constitucional del Poder, Ediar, Bs. As., 1967, t. II, p. 325).

(76) "...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 se invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio 'iura novit curia'- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31, Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, y desechando la de rango inferior." ("Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario, en sumarios N° 6/84", Fallos 306:303).

(77) Fallos 317:3117, citando los votos de Belluscio y Fayt en Fallos 306:303.

(78) Por ejemplo: "la declaración oficiosa de inconstitucionalidad es el cumplimiento por parte del juez del principio iura novit curiae, y las partes no tienen la disposición del derecho aplicable a la situación de hecho presentada" (MARANIELLO, Patricio A., Declaración de inconstitucionalidad de oficio, Librería del Jurista, Bs. As., 2008, p. 65).

(79) Fallos 326:3050, 330:3477, 333:828, entre muchísimos otros.

(80) SENTÍS MELENDO, Santiago, "Iura Novit Curia' (ensayo de sistematización bibliográfica y jurisprudencial", Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, Ediar, 1947-2, p. 208.

(81) V.gr., Fallos 327:3117, 335:2333.

(82) MEROI, Andrea A., "Iura novit curia y garantías procesales", EI Dial.com, 22/11/2002.

(83) MEROI, Andrea A., "Iura novit curia y decisión imparcial", Ius et Praxis, 13 (2): 379-390, 2007, cursiva en el original.

(84) Sobre este ejemplo volveremos en breve.

(85) Confr. MENDONCA, Daniel — GUIBOURG, Ricardo A., La odisea constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2004, ps. 153/155.

(86) Cfr. "Candy" (Fallos 332:1571) rechazando la declaración de inconstitucionalidad, y "Banco Bradesco Argentina SA c/ EN — AFIP" (B 392 XLVII, 22.05.2012) haciendo lugar al planteo.

(87) Hay situaciones en las cuales no se identifica claramente cuál es el alcance de los argumentos que declaran la inconstitucionalidad de una norma. Ello resulta particularmente problemático por cuanto se traslada esa indefinición a todos los casos similares que se debatirán en instancias inferiores.

(88) No se trata de una doctrina añeja, por el contrario, estas distinciones recién se hacen explícitas a partir de la década de 1970. La expresión facial challenge es utilizada por primera vez en los repertorios de la Suprema Corte en un voto



concurrente del año 1971, mientras que el término as-applied aparece en una nota al pie del año 1974 (KELLE, Scott A. — TSEYLIN, Misha, "Applying Constitutional Decisions Rules Versus Invalidating Statutes In Toto", Virginia Law Review 98,308/9, 2012).

(89) FALLON, Richard H. Jr., "As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing, 113 Harv. L. Rev. 1345 (2000).

(90) Lo cual no implica que la ley pierda vigencia. El Poder Ejecutivo puede continuar aplicándola en tanto no exista una orden específica, e incluso muchos particulares pueden aceptar su aplicación; pero planteada judicialmente la inconstitucionalidad de la norma, los tribunales inferiores deberán aplicar la doctrina constitucional de la Corte Suprema, a menos que se brinden nuevos argumentos que justifiquen apartarse de lo decidido por el Máximo Tribunal.

(91) ROSENKRANZ, Nicholas Quin, "The Subjects of the Constitution", 62 Stan. L. Rev. 1209, p. 1232 (2010).

(92) La idea de nulidad constitucional quizás podría ser considerada en el marco de los artículos 29, 36 y 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, pero no creemos que los jueces puedan declarar nulos y dejar sin efecto, con alcances generales, leyes o decretos de necesidad y urgencia fundados en supuestas nulidades implícitas. Pablo Manili ha efectuado un importante intento por introducir en nuestro actual sistema constitucional un esquema en el cual los jueces puedan, en ciertos casos, declarar la nulidad constitucional de normas infraconstitucionales. El autor explica que esta nulidad sería propia, cuando la Constitución expresamente la establece (arts. 29, 36 y 99 inc. 3), e impropia o implícita "cuando la Constitución expresamente establece prohibiciones o aboliciones, o fija el modo en que los poderes constituidos deben cumplir ciertos actos y éstos se apartan de él, o -en general- cuando existe un mandato positivo del constituyente que es desobedecido por alguno de esos poderes"; la categoría "inconstitucionalidad" quedaría reservada para aquellos casos en los cuales los poderes constituidos vulneran parámetros constitucionales de razonabilidad ("Las nulidades en el Derecho Constitucional -Un debate pendiente-", L.L. 2005-C, 1000). En gran medida, lo que Manili considera nulidades impropias suelen ser ejemplos de planteos de inconstitucionalidad faciales, la diferencia estriba en el remedio que se otorga; mientras el autor citado aspira a sentencias que eliminen del ordenamiento jurídico la ley "nula", por nuestra parte entendemos que ese tipo de solución es extraña a nuestro sistema constitucional y, más allá de su dudosa conveniencia, solo podría ser implementada previa reforma constitucional.

(93) 481 U.S. 739, 745 (1987).

(94) ISSERLES, Marc E., "Overcoming Overbreadth: Facial Challenges and the Valid Rule Requirement." American University Law Review 48 no.2 (December, 1998): 359-464. Agrega el autor que "This kind of challenge should be understood as an 'overbreadth facial challenge' because it predicates the claim of facial invalidity on the existence of some aggregate number of potentially unconstitutional applications embraced by an overbroad, but otherwise valid, rule of law".

(95) Idem. ant.

(96) "La doctrina del 'overbreadth' -una excepción a la regla general por la cual una persona a la que una ley puede ser constitucionalmente aplicada no puede cuestionarla sobre la base de que puede resultar inconstitucional aplicarla a otros- está diseñada para evitar disuadir (chilling effect) expresiones protegidas" ("Massachusetts v. Oakes", 491 U.S. 576, 581 -1989-).

(97) No puede pasarse por alto, además, que en consonancia con las reglas de autorestricción que la propia Corte Suprema recuerda en Rodríguez Pereyra, la declaración de inconstitucionalidad "facial" es vista con un claro desfavor por la jurisprudencia. En este sentido, por ejemplo, la Corte de los Estados Unidos ha señalado que los tribunales no deben anticipar una cuestión constitucional si no es necesaria para resolver el caso, ni deben formular una regla constitucional más amplia que la requerida por las circunstancias a las cuales la misma debe ser aplicada (conf. Grange, 552 U.S. 450, 1936, con cita de fallos anteriores).

(98) GORDILLO, Agustín, "La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio", L.L. 2004-E, 1231. Si en el caso se trata, por ejemplo, de utilizar un esquema de ponderación como el de Alexy, el peso concreto de los principios sólo puede ser considerado a partir de circunstancias fácticas que deben ser probadas.

(99) GELLI, María Angélica, en "Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad", GELLI, María Angélica - GOZAÍNI, Osvaldo A. - SAGÜÉS, Néstor P., L.L. 2011-B, 779.

(100) Pensemos, por ejemplo, en el artículo 41 in fine y el Tratado entre Argentina y Australia, por el cual se prevé la posibilidad de que ingrese a nuestro país, para su tratamiento, combustible quemado proveniente de un reactor nuclear construido por el INVAP SE en Australia y los distintos aspectos fácticos y jurídicos que, entrelazados de modo insuperable, presentaría una eventual declaración de inconstitucionalidad de ese tratado. Algo de ello se pudo ver en la causa Schroeder v. INVAP (Fallos 333:570).

(101) ALEXY, Robert, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 96 y sgtes. En ese lugar, el autor alemán explica que "esto puede generalizarse en una ley de colisión, según la cual las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros, constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad. Una variante un poco más técnica es: Si el principio P1 precede frente al principio P2 bajo las circunstancias C: (P1 P P2) C, y si la consecuencia jurídica R se produce a partir de P1 bajo las circunstancias C es el supuesto de hecho y R la consecuencia jurídica: C --> R. La ley de colisión expresa el hecho de que entre los principios de un sistema no existen relaciones absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia condicionada. La tarea de optimización consiste en establecer dichas relaciones de manera correcta... según la ley de colisión, establecer una relación de precedencia condicionada es siempre establecer una regla construida con ocasión del caso concreto...". En virtud a la relación que existe entre la aplicación del principio y las circunstancias concretas del caso, se ha criticado a Alexy, afirmando que "la ponderación no es la solución a un conflicto aparente, no determina unívocamente, sobre la base del contenido de los derechos y principios, un resultado estable (es decir, una regla entendida como condicional universal e inderrotable). La ponderación, si no es un vacío o pura metáfora, es la solución contextualmente determinada y, por ende, inestable, de un genuino conflicto entre derechos, principios y valores" (COMANDUCCI, Paolo, Democracia, derechos e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del derecho, ARA Editores, Lima, 2010, p. 256/257).

(102) Como señala Moreso, "si las circunstancias C están delimitadas a partir de un supuesto concreto, parece que siempre es posible aducir otro supuesto en el que las circunstancias no coinciden y, entonces, la regla es válida únicamente para ese supuesto... [en Alexy] la ponderación es concebida como una operación dependiente del contexto, como una estrategia particularista..."; "...se sustituye un modelo generalista de toma de decisiones, por otro de carácter particularista, una sola propiedad diferente... puede comportar una solución diversa para el caso" (MORESO, Juan José, La Constitución: modelo para armar, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 300/313).

(103) Fallos 330:855; en particular, considerandos 17° y 18°).

(104) En palabras que compartimos, Amaya critica "la opinión de aquellos autores que entienden que el principio iura novit curiae y la supremacía constitucional facultan al juez a la declaración oficiosa. La declaración de inconstitucionalidad en el sistema argentino no es un acto mecánico ni simple. No emerge de un mero cotejo de normas; requiere de un proceso de interpretación complejo que debe ser realizado a la luz de los hechos de un caso particular, pues el efecto de la declaración es -en principio- exclusivamente inter partes... En ese contexto, donde el órgano que sancionó la norma la controló previamente y las partes destinatarias de dicha norma no advierten inconstitucionalidad alguna y, por consiguiente no la impugnan, se hace muy difícil -según nuestra visión- sostener la facultad del juez de advertir una contradicción constitucional que no fue vista ni por el órgano que la sancionó ni por las partes a las cuales va destinada. Sin duda, esta hiperactividad o activismo judicial desequilibra la división de poderes y afecta el proceso legal, al alterar el principio de bilateralidad y la legítima defensa" (AMAYA, Jorge Alejandro, Control de constitucionalidad, ASTREA, Bs. As., 2012, ps. 209/210).

(105) PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, versión digital, Abeledo Perrot N°: 2504/001274.

(106) SPANN, Girardeau A., "Expository Justice", 131 U.Pa.L.Rev. 585, 650 (1983).

(107) "Se desconoce el verdadero sentido de la así llamada 'forma judicial' y su utilidad para el procedimiento ante una autoridad que desempeña el papel de 'defensor de la Constitución', si no se ve el hecho sociológicamente fundante del cual surge la organización del proceso contencioso: el hecho de que... también en la sentencia de un Tribunal, y en especial en la de un 'defensor de la Constitución', participan intereses opuestos, de manera que toda 'decisión' se toma acerca de la oposición de intereses, es decir, a favor de uno u otro, o en el sentido de una mediación entre ambos; así, un proceso contencioso, aun cuando no llegare a nada, es bueno por exponer claramente la real situación de los intereses" (KELSEN,

Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Tecnos, Madrid, 1999, ps. 40/43).

(108) GIALDINO, Rolando, "Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad de Oficio. Aportes del derecho internacional de los derechos humanos", cit.

(109) Sentencia del 23 de junio de 1993.

(110) "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law...".

(111) "...the principle of equality of arms is only one feature of the wider concept of a fair trial, which also includes the fundamental right that proceedings should be adversarial... The right to an adversarial trial means the opportunity for the parties to have knowledge of and comment on the observations filed or evidence adduced by the other party".

(112) REDISH, Martin H. - KASTANEK, Adriana D., "Settlement Class Actions, the Case-Or-Controversy requirement, and the nature of the adjudication process", 73 U. Chi. L. Rev., 545, 575 (2006).

(113) TRIONFETTI, Víctor R., "Proceso, sentencia y palabra", en Revista de Derecho Procesal, 2007-2, Sentencia-I, p. 75/84.

(114) MEROI, Andrea A., "Iura novit curia y decisión imparcial", op. cit., p. 390

(115) BIANCHI, Alberto B., Control de constitucionalidad, op. cit., tomo I, p. 340.

(116) Artículo ochenta y cuatro. El Tribunal, en cualquier tiempo anterior a la decisión, podrá comunicar a los comparecidos en el proceso constitucional la eventual existencia de otros motivos distintos de los alegados, con relevancia para acordar lo procedente sobre la admisión o inadmisión y, en su caso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional. La audiencia será común, por plazo no superior al de diez días con suspensión del término para dictar la resolución que procediere (Ley Orgánica 2/1979, Texto consolidado e integrado con las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000 y con expresio?n particularizada de las reformas conforme a las Leyes Orgánicas 6/2007, de 24 de mayo, 1/2010, de 19 de febrero y 8/2010, de 4 de noviembre).

(117) Esta aclaración, que parecería innecesaria, se hace imprescindible, pues una de las críticas más habituales está dada en la afirmación de que quienes sostenemos esta posición estamos dañando la fuerza normativa de la Constitución. Lejos de ello, creemos que estamos colocando esa fuerza normativa en su justo quicio, haciéndola servir a los individuos, y no convirtiendo a éstos en servidores del sistema jurídico.

(118) HARO, Ricardo, Control de constitucionalidad, op. cit., p. 83. Agrega allí el mismo autor que de lo contrario se llegaría a situaciones que él considera absurdas, como por ejemplo que ante dos causas similares, el mismo tribunal resuelva una de ellas aplicando la norma y otra declarándola inconstitucional, según cuál haya sido la petición de las partes. Considera que ello implicaría contradecir su propia jurisprudencia y que ocasionaría un escándalo jurídico incomprensible.

(119) VANOSSI, Jorge R., "El control de constitucionalidad 'de oficio'...", op. cit.

(120) BAZÁN, Víctor, "Recurso extraordinario federal y control de constitucionalidad de oficio", J.A. 2003-I-1273.

(121) MANILI, Pablo L., Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1863-2007, op. cit., ps. 316/317.

(122) VANOSSI, Jorge Reinaldo A., Estado de derecho, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 21.

(123) LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional, Plus Ultra, Buenos Aires, 1985, t. 7, pp. 189/190.

(124) BOBBIO, Norberto, "Liberalismo y democracia", Trad. de José Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 2010, p. 73.

(125) NINO, Carlos Santiago, Ética y derechos humanos, 2ª ed., 2ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 204/205.

(126) GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción Filosófica al Derecho, Depalma, 6ª ed., Buenos Aires, 1985, p. 417.

(127) MILL, John Stuart, Sobre la libertad, trad. Josefà Sainz Pulido, Cap. I. Allí el autor continúa, afirmando que "ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Estas son buenas razones para discutir con él, para convencerle, o para suplicarle, pero no para obligarle o

causarle daño alguno, si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano".

(128) "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados."

(129) Una posición contraria a lo aquí expuesto puede verse en los diversos trabajos de Santiago Legarre, donde lo público y lo privado constituyen una delimitación de tipo espacial. "Las acciones que tienen lugar en público, en consecuencia, se hallan fuera del marco de art. 19 de la Constitución y son potencialmente alcanzables por la potestad estatal... la determinación de cuándo una acción se halla protegida por el art. 19 de la Constitución requiere un doble test. Primero hay que definir si la acción es privada o no. Si se trata de una acción privada, hay que ver si 'ofende el orden y la moral pública o perjudica a un tercero'." (LEGARRE, Santiago, "Una teoría espacial de la privacidad constitucional", en AAVV, Tratado de los derechos constitucionales, Rivera — Elías — Grosman — Legarre (directores), Abeledo Perrot, Bs. As., 2014, tomo 2, p. 413). Se trata de una mirada ciertamente incompatible con la interpretación que proponemos, pero su discusión excede los límites de este trabajo.

(130) NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, 2da. ed., 2da. reimp., Astrea, Bs. As., 2007, p. 267.

(131) LOZANO, Luis F., *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, op. cit., p. 48.

(132) NINO, op. cit., p. 441.

(133) PADILLA, Miguel, "El orden público y la declaración de oficio de la inconstitucionalidad", L.L., 1984-C, 320.

(134) "tanto la Corte Suprema como cualquier otro tribunal deben declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley (claro está, en el caso concreto), por la misma razón de prevalecer el orden público. No puede conscientemente un tribunal fundar su decisión en una ley que repugne a la Constitución, si la cuestión es de 'orden público' en el sentido constitucional" (BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 2ª ed., Ed. Roque Depalma, Buenos Aires, 1954, ps. 573/574. Cit. por Padilla, *ibídem*).

(135) MOLINÉ O'CONNOR, Eduardo J., "El control de constitucionalidad y las garantías individuales", en Seminario sobre jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, EDUCA, Buenos Aires, 1999, p. 118. Afirma el autor que "si el hombre es el dueño de su destino... es sólo él quien puede aceptar o no que los actos de los órganos de gobierno puedan tocar esa zona reservada. El y sólo él es quien puede decidir si admite o no lo resuelto por alguno de los poderes de Estado, o si, ejerciendo sus atribuciones, requiere la intervención de los jueces para que hagan valer su garantía individual violada... El ciudadano tiene el derecho de rechazar la vigencia de los actos de Ejecutivo y del Legislativo; pero también tiene el derecho de rechazar la intromisión del Poder Judicial".

(136) En esos casos, agrega el mismo autor, la declaración de inconstitucionalidad de oficio "debería derrumbar una doble presunción de constitucionalidad que en tal supuesto tienen las leyes: la primera, común a cualquier norma. La segunda, porque las partes presuntamente agraviadas no denunciaron esa eventual inconstitucionalidad, omisión que hace suponer que no la divisan como tal" (SAGÜÉS, Néstor P., "El control de constitucionalidad de oficio ¿deber de los jueces argentinos?", L.L. 2013-A, 35).

(137) Sunstein destaca esta presencia de lo que denomina "incompletely theorized agreements in constitutional law": "Los acuerdos teóricos carentes de una teoría completa juegan un difundido papel en el derecho constitucional y en la sociedad en general. Es muy raro que una persona o un grupo teorice un asunto de manera exhaustiva, es decir, que acepte tanto una teoría general como la serie de pasos que conectan dicha teoría con conclusiones concretas. Por eso es que con frecuencia llegamos a un acuerdo carente de teoría completa sobre un principio general, queriendo decir con esto que las personas que aceptan el principio no necesitan estar de acuerdo sobre lo que implica en casos particulares. Este es el sentido subrayado por el juez de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos Oliver Wendell Holmes, en su gran aforismo 'Los principios generales no deciden los casos particulares'. El acuerdo carece de teoría plena ya que esta? especificado de manera incompleta. Mucho del trabajo clave debe ser hecho por otros, frecuentemente a través de decisiones casuísticas, especificando la abstracción en el punto de aplicación" (SUNSTEIN, Cass R. "Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional", Precedente, Anuario Jurídico 2006, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi, p.

31).

(138) "Nuestra dignidad como personas se ve menoscabada no sólo cuando nuestras decisiones son asimiladas, por ejemplo, a enfermedades, sino también cuando los mismos ocurre con nuestras creencias y las opiniones que expresan. Cuando alguien considera a una y otras como objetos de tratamiento y no las pone en el mismo nivel que sus propias creencias y decisiones... sentimos que no nos trata como un igual al negarnos el status moral que nos distingue a él y a nosotros de las restantes cosas que pueblan el mundo" (NINO, op. cit., p. 289).

(139) "Un contexto social asaltado inesperadamente por decisiones individuales e impredecibles, por justas que se pretendan, minimiza o extingue las posibilidades que ha de tener la autonomía personal para proyectar planes de vida de los ciudadanos" (LAPORTA, Francisco J., El imperio de la ley. Una visión actual, Trotta, Madrid, 2007, p. 84)

(140) Estos podría solucionarse dentro de una razonable interpretación de las normas procesales, pero no debemos equivocarnos, en el universo de los errores procesales que frustran derechos individuales, el dejar de plantear una inconstitucionalidad tiene reservado un papel muy menor al lado de la caducidad de instancia, la negligencia probatoria, la preclusión de cuestiones no planteadas, la omisión de recurrir y las deserciones recursivas, las malas decisiones estratégicas previas al proceso, por sólo nombrar algunas.

(141) POPER, Karl, La sociedad abierta y sus enemigos, cap. 24, III.

(142) Se puede renunciar a una propiedad, pero también puede renunciar incluso por anticipado a parte de mi intimidad o a mi honor (v.gr., permitiendo por anticipado la publicación de una biografía que afecte esos derechos), también puedo renunciar a mi vida rechazando un tratamiento y la lista de ejemplos podría seguir por horas. De allí que la justificación no pueda darse sosteniendo que tal o cual derecho es irrenunciable en abstracto; el valor de esa renuncia parece que sólo puede ser analizada en el caso concreto.

(143) SUNSTEIN, Cass R., "Acuerdos...", op. cit. Mill sostendría que así como "resulta conveniente, mientras la humanidad sea imperfecta, que haya diferentes opiniones, también lo es que haya diferentes experiencias de vida, que se dé rienda suelta a la diversidad de caracteres, mientras ello no implique un daño para los demás, y que el valor de los diferentes modos de vida se demuestre en la práctica, cada vez que alguien juzgue que vale la pena poner a prueba uno de ellos. En una palabra, es deseable que en las cuestiones que no conciernen primordialmente a los demás, la individualidad afirme su preminencia" (Sobre la libertad, capítulo III).

(144) SANTIAGO (h), Alfonso, En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho, Marcial Pons, Bs. As., 2010, p. 77.