
Autor: Laplacette, Carlos José

Título: La Corte Suprema y una aceptable limitación al control de constitucionalidad de oficio

Fecha: 2015-07-22

Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2014-12-11 ~ Whirlpool Puntana SA (TF 21.671-A)
c. Dirección General de Aduanas

Publicado: SJA 2015/07/22-54 ; JA 2015-III

I. LA CAUSA "WHIRLPOOL PUNTANA S.A"

La Corte Suprema deja 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 en aplicación de la res. 11/2002 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.

La Corte Suprema entendió que no existe contradicción entre la resolución impugnada y el Tratado de Asunción y omite la aplicación del precedente "Camaronera Patagónica", porque las partes no objetaron las facultades del Poder Ejecutivo para crear tributos.

II. LA CUESTIÓN FEDERAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El término "cuestión federal" es una apócope de "cuestión de derecho federal"⁽¹⁾. En tanto requisito de admisibilidad, es la materia sobre la cual versa el recurso extraordinario. No hay aquí alternativa: si hay cuestión federal en juego, el recurso será admisible; si ella no está presente, o si su análisis no es necesario para decidir el litigio, el recurso extraordinario será inadmisibile.

En casos excepcionales, algunos de los requisitos del recurso extraordinario podrían llegar a estar ausentes. Así lo ha entendido la jurisprudencia. Lo que no debería faltar jamás es que el caso traiga una cuestión constitucional ⁽²⁾.

Para doctrina constante de la Corte Suprema de Justicia, constituye una cuestión federal la interpretación de las disposiciones de los tratados internacionales que, según el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, poseen jerarquía constitucional.

De este modo, el recurso extraordinario federal será admisible si se debate, por ejemplo, el alcance otorgado al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria, consagrada por el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ⁽³⁾. Otro tanto si se encuentra en tela de juicio el alcance del derecho de la defensa, de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, en tanto se debe establecer el alcance de los arts. 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ⁽⁴⁾.

En este aspecto no existe mayor discusión. El conflicto más interesante se ha presentado en lo que respecta a aquellos tratados internacionales que no cuentan con jerarquía constitucional. Aquí la doctrina de la Corte tradicionalmente distinguía, a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario, de acuerdo a las materias involucradas en las disposiciones del tratado que eran objeto de interpretación, es decir, si ellas actuaban como preceptos de derecho común o federal; en el primero de los casos, su interpretación no constituía cuestión federal (5).

Así se había resuelto que la referencia al Tratado de Derecho Internacional Privado de Montevideo no daba lugar al recurso extraordinario autorizado por el art. 14, inc. 3º, de la ley 48 (6); la invocación de ese tratado no generaba cuestión federal, dado que éste remite a las reglas del derecho interno para solucionar el caso, y la inteligencia asignada a estas últimas es materia de derecho común, ajenas al recurso extraordinario (7). En el mismo sentido, se sostuvo que la interpretación de disposiciones del tratado de derecho penal de Montevideo (ley 3792), hecha sólo en el concepto de que ellas se hallan incorporadas a la legislación nacional, sin que el apelante haya hecho valer en el juicio derecho alguno especialmente consagrado por el citado convenio internacional, no da lugar al recurso extraordinario (8).

La jurisprudencia de la Corte realizaba una distinción, según la cual, para que el recurso extraordinario fuese admisible, debía estar en disputa el alcance de un tratado en cuanto a las obligaciones contraídas por la República Argentina con los países signatarios, pero no cuando el conflicto versaba sobre su inteligencia en el carácter de ley modificatoria de ciertas disposiciones de derecho común y procesal (9).

A mediados de la década de 1990 se produjo una modificación en la posición asumida por el tribunal. En el caso "Méndez Valles" (10), de diciembre de 1995, la mayoría de la Corte modificó su anterior doctrina y señaló que lo atinente a la interpretación de los tratados internacionales suscita cuestión federal de trascendencia en los términos del art. 14, inc. 3º, de la ley 48. A fin de justificar la modificación de su doctrina, el tribunal afirmó que cuando el país ratifica un tratado internacional, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, y la mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida por la interpretación y aplicación de un tratado con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal bastante. Agregó la Corte que resultaría indiferente, a los efectos de la eventual responsabilidad internacional aludida, el hecho de que los preceptos del tratado funcionen como disposiciones de derecho común, por lo que no es razonable fundar en esta circunstancia la inexistencia de cuestión federal.

En esa ocasión, también sostuvo el tribunal que la distinción en virtud de la cual sólo suscita cuestión federal la interpretación de un tratado, en la medida en que es un acuerdo entre naciones independientes, pero no en tanto ley del país, debe ser revisada, ya que el orden normativo general creado internacionalmente por el tratado e incorporado como "ley del país" es el contenido del "acuerdo entre las naciones independientes" y es el objeto de la fusión de las voluntades diferentes de los Estados. Por lo que interpretar el alcance del contenido del orden normativo general creado implica interpretar el objeto mismo del acuerdo. Y, en definitiva, el tratado internacional es una norma orgánicamente federal, que importa un acto federal complejo, pues el Poder Ejecutivo Nacional lo concluye y firma, el Congreso Nacional lo desecha o aprueba mediante una ley federal y el Poder Ejecutivo Nacional lo ratifica emitiendo un acto federal de autoridad nacional. Por lo que la naturaleza federal del tratado alcanza también a su contenido. Es irrelevante que la materia del tratado sea de las calificadas como de derecho común, aun cuando se incorporen las normas del tratado a una ley nacional común. Nada de ello puede enervar la sustancia federal, que aquéllas poseen en virtud de su fuente internacional.

De esas premisas, la doctrina ha entendido que la naturaleza federal de interpretación de un tratado internacional tendría su anclaje jurídico en dos fundamentos: la responsabilidad internacional que generan los tratados ratificados por la República Argentina y la naturaleza federal de los tratados que se extiende, sin condiciones, a todo su contenido (11).

Esta posición ha sido luego reiterada en distintos pronunciamientos posteriores (12), habiendo entendido la Corte que existe cuestión federal suficiente si el planteo comporta la interpretación y aplicación de normas de jurisdicción internacional, las que revisten naturaleza federal aun cuando estén insertas en un cuerpo normativo de derecho común (13).

En nuestro caso, la cuestión federal consistía en la alegada incompatibilidad entre una resolución ministerial que establecía derechos de exportación (res. 11/2002) y el Tratado de Asunción, por lo que la presencia de una cuestión federal se encontraba fuera de dudas, tanto por la materia involucrada en la resolución cuya validez se impugnaba (tributos aduaneros), como por considerársela incompatible con un tratado internacional (14).

Una vez que la Corte Suprema da respuesta a esa cuestión constitucional, restaba por resolver si el tribunal podía introducir una cuestión federal distinta a la propuesta por las partes. Ello nos conducirá, a su vez, al debate en torno del control de constitucionalidad de oficio.

III. LA DELIMITACIÓN DE LA CUESTIÓN FEDERAL EN "WHIRLPOOL"

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 res. 11/2002 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 art. 76 de la Ley Fundamental (15), 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 alcúotas 'o bien para crear este tipo de impuesto' (conf. 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 v. Ministerio de Economía y otros s/amparo', fallado el 15 de abril de 2014)"(16) .

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 la Corte Suprema se había pronunciado ya en forma reciente y en sentido contrario a la validez de la resolución. En su lugar, se dedicará a analizar sólo el aspecto planteado por las partes, es decir, la compatibilidad o incompatibilidad entre estos tributos y el Tratado de Asunción.

Esta determinación parece inconsistente con la doctrina del tribunal acerca del control de constitucionalidad de oficio.

IV. LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS DOCTRINAS DE LOS PRECEDENTES "RODRÍGUEZ PEREYRA" Y "WHIRLPOOL"

La posibilidad de que los jueces declaren la inconstitucionalidad de una norma sin que alguna de las partes lo solicite ha generado un abundante debate en el derecho constitucional argentino. Con anterioridad hemos efectuado un repaso de él y del desarrollo jurisprudencial producido hasta la década pasada (17), y en otra ocasión he criticado al control de constitucionalidad de oficio, por creer que éste, en su formulación más habitual, resulta incompatible con el Estado de derecho (18). En el presente trabajo procuraremos señalar la aparente imposibilidad de compatibilizar la doctrina mayoritaria de la Corte Suprema con la sentencia que se comenta, y profundizaremos en lo que consideramos una alternativa posible y ajustada a nuestro régimen constitucional en materia de control de constitucionalidad de oficio.

La posición de la Corte Suprema, convertida en mayoría a partir de los casos "Mill de Pereyra" (19) y "Banco Comercial de Finanzas" (20), parecía consolidarse con la sentencia dictada en el año 2012 en la causa "Rodríguez Pereyra". 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 una mayoría sumamente sólida. Tanto más con la desaparición de los jueces Argibay y Petracchi, quienes, en distintos pronunciamientos, habían mantenido una posición mucho más cautelosa sobre esta materia (21).

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* (22). Asimismo, se agregó un argumento de autoridad, recurriendo a la interpretación brindada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la Convención.

Luego, a partir del considerando 13 de "Rodríguez Pereyra", se 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" (23).

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 manifiestos 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" (24).

Ahora bien, ninguna de esas restricciones a la obligación de los jueces de controlar de oficio la constitucionalidad de las normas parecería estar presente en el caso "Whirlpool", en el cual se planteaba de modo expreso la

inconstitucionalidad de la res. 11/2002 del Ministerio de Economía, por un motivo (incompatibilidad con el Tratado de Asunción), y no por los motivos que habían llevado a la Corte Suprema a declarar la inconstitucionalidad de esa misma resolución unos meses antes (incompatibilidad con el art. 76, CN).

¿Por qué motivo la Corte Suprema deja de controlar de oficio la constitucionalidad de esa resolución? ¿Es posible compatibilizar la doctrina del tribunal sobre la obligatoriedad del control de constitucionalidad de oficio con la deliberada omisión 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 la respuesta es negativa, y la causa "Whirlpool" sirve para advertir la imperiosa necesidad de repensar la doctrina mayoritaria sobre el control de constitucionalidad de oficio.

V. JURANOVITCURIA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO, DOS PIEZAS QUE NO ENSAMBLAN

a) La argumentación favorable al control de constitucionalidad de oficio

Dejando de lado argumentos ad verecundiam (el control de constitucionalidad de oficio procede porque así lo dice la Corte Suprema o la Corte Interamericana) o ad populum (así lo sostiene la mayoría), podemos ver que desde las enseñanzas de Bidart Campos en la década del 60 (25), pasando por la disidencia de Belluscio y Fayt en el año 1984 (26) y llegando a los pronunciamientos más recientes, como "Banco Comercial de Finanzas" (27) y "Rodríguez Pereyra", la posición favorable al control de constitucionalidad de oficio entiende 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 erradamente —trasuntando en el adagio *iura novit curia*—, y de allí se concluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31, CN), aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango (28).

Esa posición, ciertamente mayoritaria, padece una serie de problemas que, a nuestro juicio, la hacen notoriamente inconsistente. No sólo se trata de la violación al derecho de defensa en juicio (29), sino también de incurrir en una sobresimplificación de nuestro sistema de control de constitucionalidad y pasar por alto la importancia de la autonomía individual.

b) Declaraciones de inconstitucionalidad generales o por las circunstancias concretas de aplicación

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. 6º, CN—) y formales (cuando la norma ha sido creada sin respetar el procedimiento constitucional previsto para su elaboración) (30).

Ante esa variedad de situaciones en las cuales identificamos una discordancia 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 padece 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 art. 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 art. 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 (31).

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

En ocasiones, nuestra Corte Suprema distingue este tipo de situaciones, aunque no ha elaborado ninguna denominación o categorización al respecto. Por su parte, la Suprema Corte de los Estados Unidos recurre a las "facial challenge" y "as-applied challenge"(32).

En los denominados facial challenge, 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 la Corte identifica defectos en el origen de la ley o en sus motivaciones, que impregnan y afectan todas sus posibles aplicaciones (33).

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 (34).

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)"(35). Si bien la utilización del término "nulo" aplicado a una ley no es 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 (36).

c) Dificultades del control de constitucionalidad de oficio en ambos tipos de planteos

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 sólo es aplicable a aquellas declaraciones de inconstitucionalidad "facial" o generales, pues en ellas sí sería posible afirmar que el análisis constitucional consiste en una cuestión de derecho (37).

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

Aun quienes defienden el control de constitucionalidad de oficio en términos amplios, como Gordillo, deben 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"(38).

Por ello, si la validez constitucional de una norma no puede ser apreciada sin tomar en cuenta los hechos, es inaceptable que las partes no puedan probar y alegar sobre ellos. Y precisamente por no encontrarse en discusión la constitucionalidad de la norma, se produce una inadmisibles violación al derecho de defensa, pues, de haber

sabido que existía esa cuestión constitucional, las partes habrían podido producir pruebas tendientes a demostrar la validez constitucional de la norma.

Queremos poner de manifiesto algo que nos parece claro y 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.

Lo anterior es así, de modo claro, cuando se trata de declaraciones de inconstitucionalidad por las circunstancias concretas, pero lo es también incluso en el ámbito aparentemente más general y abstracto de las declaraciones de inconstitucionalidad *on its face*, donde la aparente contradicción que registra el juez entre la norma inferior y la Constitución quizás podría desaparecer de darse ciertos hechos cuya existencia no formó parte de la litis.

Por otra parte, incluso cuando no sea posible evitar la presencia de una inconstitucionalidad, siempre está la alternativa de que la declaración de inconstitucionalidad pueda ser evitada a partir de ciertas características concretas del caso, respecto de las cuales las partes jamás pudieron alegar o probar, al no haberse introducido previamente la cuestión constitucional.

Un ejemplo de esa alternativa podemos verla con claridad en el voto de Lorenzetti y Zaffaroni en la causa "Rinaldi"⁽³⁹⁾, donde, luego de sostener que la legislación de emergencia que se analizaba era efectivamente inconstitucional, concluyen que esa declaración resultaba innecesaria, pues de todos modos 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 de 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 curia* 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 ⁽⁴⁰⁾.

Volviendo al caso concreto que se comenta, resulta de importancia advertir que la declaración de inconstitucionalidad de la res. 11/2002 que realizó la Corte Suprema en la causa "Camaronera Patagónica" se fundó en argumentos generales, independientes de su aplicación concreta a los hechos de la causa. A pesar de ello, en "Whirlpool", el tribunal dejó de lado ese análisis constitucional bajo el argumento de que las partes habían aceptado la competencia del Ministerio de Economía para fijar retenciones.

De este modo, la decisión de "Whirlpool" nos resulta notoriamente inconsistente con la supuesta obligación de los jueces, emanada del *iura novit curia* y del principio de supremacía, de controlar la constitucionalidad de las normas sin importar la opinión de las partes.

Es posible que, a partir de su inconsistencia con la jurisprudencia reciente del tribunal, la sentencia comentada muestre un camino por el cual transitar.

VI. UN CAMINO QUE SE MANTIENE ABIERTO (RESPETAR LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL TAMBIÉN ES RESPETAR LA CONSTITUCIÓN)

a) Conflictos constitucionales de normas primarias y de normas secundarias

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"(41).

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"(42).

Si consideramos las situaciones en las que un juez puede encontrarse en presencia de 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; (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 (43).

La declaración de inconstitucionalidad implica situarnos ante una antinomia entre dos normas primarias de distintas jerarquías. 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.

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 aplicar

el derecho respetando la supremacía de la Constitución, según surgiría del art. 31 y normas concordantes. 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 art. 18 de la Ley Fundamental denomina "inviolable", y la de no interferir en las acciones privadas de los hombres que, según la propia la Constitución, quedan reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (art. 19).

b) Solución mayoritaria: aplicación del art. 31, CN

La doctrina mayoritaria encuentra fundamento en la supremacía constitucional prevista por el art. 31 de la Ley Fundamental. De éste surgiría una norma secundaria que le impediría al juez, aun con el consentimiento de las partes, apartarse de la escala jerárquica prevista en la Constitución Nacional a la hora de resolver un caso. Como afirma Bianchi, el juez debe "aplicar el derecho vigente, pero dentro del derecho vigente aquel que sea constitucional, sin importar si éste es o no de orden público, pues aun una ley que rige derechos particulares, si es inconstitucional, agravia el orden público"(44).

Esta solución presupone que la resolución de la cuestión constitucional no variaría si se sumaran nuevos elementos de hecho no tenidos en cuenta hasta ese momento, y que las partes no pueden renunciar a plantear la inconstitucionalidad de una norma.

El primer presupuesto es claramente incorrecto. Según vimos en el apart. V.c, 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 sólo lo pueden hacer si tienen noticias de que la cuestión constitucional está presente.

No es admisible pretender colocar sobre los justiciables la carga de alegar y probar, en todos los casos, respecto de algo muy distinto, como lo es la constitucionalidad de cada una de las normas en juego. 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. Lo dificultoso y engorroso de esa situación es también un buen motivo para rechazarla.

La segunda premisa del razonamiento mayoritario, la idea de que las partes no pueden renunciar a que se declare la inconstitucionalidad de una norma, es algo que no puede aceptarse de un modo tan simple y lineal como el que propone la doctrina mayoritaria.

Con tono crítico, Lozano señala que, una vez que se acepta el iura novit curia, el juez debería 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 (45).

Precisamente aquí es donde debemos detenernos. Si juez extiende el *iura novit curia* y la supremacía constitucional hasta el límite 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 art. 19 de la Ley Fundamental.

c) Solución propuesta: aplicación del principio de autonomía previsto en el art. 31, CN

Una respuesta alternativa a la doctrina mayoritaria es aquella que entiende que, salvo situaciones excepcionales, la decisión de las partes de desestimar la cuestión constitucional debe, en principio, ser aceptada por las partes, como cualquier otra renuncia o convención que los individuos pueden realizar sobre sus derechos.

Para ello, contamos a nuestro favor con una de las disposiciones basales de nuestro sistema constitucional, como lo es la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional (46), el cual 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.

El art. 19 de la Constitución Nacional, que se encuentra emparentado tanto con el derecho natural como con el art. 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"), brinda a Estado argentino una base filosófica humanista y antitotalitaria.

Desde nuestra óptica, el principio de autonomía permite que las personas, así como son libres de decidir promover o no un proceso judicial, 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 juez debe respetar la voluntad de los individuos, incluso cuando ello 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"(47).

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, pues, de otra forma, lo que el art. 19 estaría proclamando (al igual que el mismo principio de autonomía) podría ser sostenido también por cualquier totalitarismo.

Por ello se ha propuesto 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 (48).

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"(49).

Una posición similar ha sido sostenida, entre otros, por Bielsa (50), Moliné O'Connor (51), 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"(52).

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 rápidamente se esfuman cuando se va desde la disposición hacia lo concreto o hacia lo general (53). 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 art. 19 y con la dignidad de cada uno de nosotros (54).

Creemos que el control de constitucionalidad de oficio nunca puede ser una facultad del juez. Sólo excepcionalmente (55), el juez deberá declarar de oficio la inconstitucionalidad, cuando esté frente a una transgresión constitucional respecto de cuyo planteo las partes no puedan renunciar (56) y, en cualquier caso, no podría omitir escuchar previamente a las partes sobre la cuestión constitucional (57).

Fuera de esos supuestos excepcionales, 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. Tal podría ser la pauta implícita en "Whirlpool", pues en la causa sólo se encontraban en juego derechos patrimoniales de la actora.

VII. RECAPITULACIÓN

La sentencia comentada resulta claramente 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.

Nuestro sistema constitucional es instrumental. No es un sistema totalitario, en el cual el Estado es un fin en sí mismo. Ni la coherencia del sistema jurídico ni la supremacía de la Constitución pueden serlo, sólo 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 art. 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 (58).

En definitiva, como bien lo señala Santiago, en los asuntos humanos es conveniente aprender a contar sólo hasta uno. Cada persona es única e irrepetible, 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 (59).

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

(1) Sagüés, Néstor P., "Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario federal", t. 1, p. 552.

(2) Garay, Alberto F., "El recurso extraordinario y la vindicación de derechos constitucionales y federales", en Rivera, Elías, Grosman y Legarre (dirs.), "Tratado de los derechos constitucionales", t. III, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2014, p. 981.

(3) Fallos 328:3399.

(4) Fallos 329:5556. Sólo por citar algunos ejemplos, podemos agregar que suscitan cuestión federal, para su consideración por vía del recurso extraordinario, los agravios contra la sentencia que revocó la que había hecho lugar a una indemnización por daño moral en virtud de lo dispuesto por el art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues ponen en tela de juicio la inteligencia que cabe atribuir a determinada cláusula contenida en un tratado internacional integrante del bloque de constitucionalidad federal y la decisión del tribunal superior de la causa ha sido contraria a la validez del derecho invocado con base directa en dicha norma (Fallos 330:2112). Hay cuestión federal si el planteo requiere dilucidar el alcance de una norma de naturaleza federal, como es la contenida en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Fallos 330:642). O si se encuentra en discusión el alcance de esa misma Convención como pauta interpretativa del régimen legal de aplicación de penas a menores (Fallos 328:4343).

(5) Fallos 266:151; 267:37.

(6) Fallos 100:25.

(7) Fallos 303:1539.

(8) Fallos 113:351.

(9) Fallos 189:375.

(10) Fallos 318:2639. Análisis crítico de este precedente y de sentencias posteriores puede verse en Palacio, Lino E., "Algunas reflexiones acerca del recurso extraordinario federal frente a la aplicación de tratados internacionales", ED 171-540.

(11) Palacio de Caeiro, Silvia B., "Recurso extraordinario federal", 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 174.

(12) Fallos 319:1250 —Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889—, 319:2779 —Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940—, 324:1152 —Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889—, entre otros.

(13) Fallos 327:3701. Entre otros casos, se ha considerado admisible el recurso extraordinario si en el caso se discute la aplicación de la Convención de Varsovia, ley 14.111 (Fallos 321:2764; 322:3163; 323:3798; 325:2567, entre otros); la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, dec.-ley 7672/1963 (Fallos 322:2926, 323:2418, 326:4156, 327:1572, entre otros); el Acuerdo de Complementación Económica 14 suscripto entre Argentina y Brasil (Fallos 322:3193; 325:113; 326:1090); el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, ley 17.011 (Fallos 324:951; 325:2047); la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores (Fallos 328:4511); los tratados internacionales celebrados con las repúblicas Popular de China y Socialista de Vietnam —ratificados por las leyes 21.758 y 24.587—, en lo que respecta a la cláusula de nación más favorecida (Fallos 330:5); la Convención Internacional de Bruselas sobre Contratos de Viaje, ley 19.918 (Fallos 330:2564), etc. Incluso se ha entendido que existe cuestión federal, en los términos del art. 14, inc. 3º, de la ley 48, cuando se halla en juego la inteligencia de normas convencionales y consuetudinarias del derecho internacional público (Fallos 324:1648). También se consideró admisible el recurso extraordinario interpuesto contra el pronunciamiento que rechazó la oposición formulada al pago de la tasa de justicia —con fundamento en el Convenio Constitutivo de la Corporación Financiera Internacional, aprobado por ley 14.842— por encontrarse en tela de juicio la interpretación y aplicación de un tratado internacional y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que en él invoca en su favor el apelante (Fallos 330:2892).

(14) El solo planteo de incompatibilidad entre una disposición reglamentaria y una norma de derecho común, conforme a una antigua doctrina de la Corte Suprema, no constituye cuestión federal (Fallos 269:209), pues el contenido de la norma reglamentaria reviste la misma naturaleza que la norma reglamentada y las discrepancias que se susciten acerca de la inteligencia de sus preceptos resultarían ajenas a la competencia de la Corte en razón de la reserva a que hace referencia el art. 116 de la Constitución Nacional (Fallos 310:896).

(15) Corte Sup., "Camaronera Patagónica S.A v. Ministerio de Economía y otros s/amparo", 15/4/2014.

(16) Considerando 5.

(17) Laplacette, Carlos J., "Facetas inconstitucionales del control de constitucionalidad de oficio", ED, Suplemento de Derecho Constitucional, mayo de 2009.

(18) Laplacette, Carlos J., "Control de constitucionalidad de oficio y Estado constitucional de derecho", LL 2011-F-781.

(19) Fallos 324:3219.

(20) Fallos 327:3117

(21) En la causa "Gómez v. Argencard" (Fallos 329:5903), en el considerando 6 de su voto, Argibay afirmó que "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".

(22) 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", LL 2013-A-25).

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

(24) 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".

(25) "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", t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 325).

(26) "...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 nro. 6/84", Fallos 306:303).

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

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

(29) La aplicación del iura novit curia puede generar problemas en cualquier ámbito del derecho, pero ellos son mucho más claros en materia constitucional. Sobre este punto, efectuamos algunas consideraciones en nuestros anteriores trabajos y sumaremos algunos conceptos en el presente. Sin embargo, análisis más detenido acerca de la imposibilidad de aplicar en forma ligera el iura novit curia a la materia constitucional queda para otra ocasión. También omitimos analizar aquí otra crítica de entidad, como lo es la que sostiene que la declaración de inconstitucionalidad sin petición de parte violenta la garantía del juez imparcial y rompe el equilibrio y la igualdad que deben presidir el debate racional que se realiza en el marco del proceso (González, Robert M., "Declaración de inconstitucionalidad de oficio: ventajas e inconvenientes", [www.academiadederecho.org /upload/biblio/contenidos/GONZALEZ_ROBERT_.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/GONZALEZ_ROBERT_.pdf)).

(30) Confr. Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo A., "La odisea constitucional", Marcial Pons, Madrid, 2004, ps. 153/155.

(31) Cfr. "Candy" (Fallos 332:1571), rechazando la declaración de inconstitucionalidad, y "Banco Bradesco Argentina S.A v. Estado Nacional - AFIP" (B 392 XLVII, 22/5/2012), haciendo lugar al planteo.

(32) 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. y Tseylin, Misha, "Applying Constitutional Decisions Rules Versus Invalidating Statutes In Toto", Virginia Law Review 98, 308/9, 2012).

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

(34) 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.

(35) Rosenkranz, Nicholas Q., "The Subjects of the Constitution", 62 Stan. L. Rev. 1209, p. 1232, 2010.

(36) La idea de nulidad constitucional quizás podría ser considerada en el marco de los arts. 29, 36 y 99, inc. 3º, 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. 3º) 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—", LL 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 conveniencia o inconveniencia, sólo podría ser implementada previa reforma constitucional.

(37) No puede pasarse por alto, además, que, como consecuencia de las reglas de autorestricción que la propia Corte Suprema recuerda en "Rodríguez Pereyra", la declaración de inconstitucionalidad "facial" es vista con un claro disfavor 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 ella debe ser aplicada (conf. "Grange", 552 U.S. 450, 1936, con cita de fallos anteriores).

(38) Gordillo, Agustín, "La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio", LL 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.

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

(40) En palabras que compartimos, Amaya critica "la opinión de aquellos autores que entienden que el principio iura novit curia 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 A., "Control de constitucionalidad", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, ps. 209/2010).

(41) Hart, Herbert L. A., "El concepto de derecho", 3ª ed., trad. de Genaro Carrió, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, p. 117.

(42) Alchurrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, ps. 205/213.

(43) Chiassoni, Pierluigi, "Antinomias", en AA.VV., "Interpretación y razonamiento jurídico", vol. II, Ed. ARA, Lima, 2010, p. 281.

(44) Bianchi, Alberto B., "Control de constitucionalidad", 2ª ed., t. I, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 341.

(45) Lozano, Luis F., "La declaración de inconstitucionalidad de oficio", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 48.

(46) "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".

(47) Nino, Carlos S., "Ética y derechos humanos", 2ª ed., 2ª reimp., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 267.

(48) Nino, Carlos S., "Ética y derechos humanos", cit., p. 441.

(49) Padilla, Miguel, "El orden público y la declaración de oficio de la inconstitucionalidad", LL 1984-C-320.

(50) "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, Miguel, "El orden...", cit.).

(51) Moliné O'Connor, Eduardo J., "El control de constitucionalidad y las garantías individuales", "Seminario sobre jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Ed. 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. Él 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".

(52) 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?", LL 2013-A-35).

(53) Sunstein destaca esta presencia de lo que denomina "incompletely theorized agreements in constitutional law": "Los acuerdos teóricos carentes de 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 está 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).

(54) "Nuestra dignidad como personas se ve menoscabada no sólo cuando nuestras decisiones son asimiladas, por ejemplo, a enfermedades, sino también cuando lo mismo 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 estatus moral que nos distingue a él y a nosotros de las restantes cosas que pueblan el mundo" (Nino, "Ética y derechos humanos", cit., p. 289).

(55) Un ejemplo de esas excepcionalidad, en la cual la cuestión de constitucionalidad podía ser introducida por el tribunal, lo constituyen las cuestiones de competencia, 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. Estas situaciones se asemejan a aquellos casos en los que no existe caso judicial.

(56) 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 y que cuantas más limitaciones existan a ese principio, nuestro sistema tendrá mayores connotaciones paternalistas o directamente autoritarias.

(57) El art. 84 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español establece que "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".

(58) Sunstein, Cass R., "Acuerdos...", 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 preeminencia". ("Sobre la libertad", capítulo III).

(59) Santiago (h.), Alfonso, "En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho", Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, p. 77.