

Archivo enviado desde AbeledoPerrot OnLine

08/ 05/ 2008 D\_5ta\_abr08.zip 3A-30\_04.TXT

Citar Lexis N° 0003/013793

Género:

Doctrina

Título:

Controversia sobre el control de constitucionalidad de oficio

Autor:

Garay, Alberto F.

Fuente:

JA 2008-II-1404 - SJA 30/4/2008

CONSTITUCIÓN - 04) Control de constitucionalidad (Nacional) - e) Vía de control - 05.- Control de oficio

---

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Sobre el control de constitucionalidad de oficio.- III. El caso "Mill de Pereyra".- IV. El caso "Banco Comercial de Finanzas".- V. Alcance de lo resuelto en "Banco Comercial de Finanzas": a) La Corte no actuó ex officio; b) ¿Podríamos estar en

presencia de una excepción a la regla general?.- VI. Alcance de lo dicho sobre la declaración de oficio.- VII. Conclusión

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años diversos autores se han ocupado de lo que se conoce como la declaración de inconstitucionalidad de oficio o el control de constitucionalidad de oficio (1). Hace unos meses quien escribe en esta revista bajo el seudónimo "Hércules" publicó una breve nota que tituló "Réquiem para el control de oficio" (2). El tono que predomina en el trabajo, sin embargo, no se corresponde con el que caracteriza al tipo de composición anunciado en el título: el artículo trasunta más júbilo que congoja, más celebración que lamento o dolor. Con un estilo por momentos provocador e irónico, Hércules anuncia que "el control de oficio ha muerto" (3). Critica esta teoría porque "hace agua" (4), vaticina que "no faltarán seguramente quienes, con honesta nostalgia, la continúen citando como a las ánimas de los difuntos" (5) y sostiene que algunos autores defienden una interpretación "demasiado peripatética" (6) de ella. Esta última expresión, surge claro del contexto, no está empleada en su primera acepción.

A esta nota respondió Alberto B. Bianchi con otra (7), donde refuta la adecuación de los casos de los que se vale Hércules para hacer su anuncio. Adelanto que coincido con él en que los casos citados no son idóneos para anticipar defunción alguna. Las sutiles inferencias que Hércules extrae de algunos votos, las consistencias e inconsistencias lógicas (o ideológicas) a las que ellas podrían dar lugar -base de las inferencias aludidas- son demasiado remotas y poseen la nula virtud, eventualmente, de admitir un abandono de un precedente sin que expresamente se haya tratado lo resuelto en ese fallo anterior, y sin que se hubiera brindado el fundamento por el cual se habría producido el abandono (8). A pesar de estas razones, desde otro punto de vista, creo que observaciones al estilo de las de Hércules, pero menos remotas, pueden ser de utilidad al momento de argumentar algún caso futuro. En efecto, es precisamente con base en la verificación de consistencias o inconsistencias, lógicas o/e ideológicas, que se puede demostrar que un principio jurisprudencial explicitable de un precedente ha sufrido tantas excepciones en casos subsiguientes que no puede seguir hablándose de él sin daño a la verdad. Pero no dudo en afirmar que la muerte anunciada no ha sido tal (lo cual no debe tomarse como que implica que antes haya habido vida, con la generalidad que postulan algunos autores). Evidentemente fastidiado por el anonimato (9), por el tono y por lo que denomina "la febril imaginación de Hércules" (10), Bianchi responde a aquél no sin alguna evidente exageración. En efecto, desde el inicio Bianchi arremete contra el control de constitucionalidad a instancia de parte interesada calificándolo como "algo tan retrógrado y nocivo para la función judicial" (11). También afirma que ese tipo de control está vinculado a "un Poder Judicial retraído y temeroso" (12). Para concluir en la conveniencia de que sean los jueces y no los abogados quienes marquen "el ritmo del control de constitucionalidad... primera y principal misión que corresponde ejercer al

tribunal" (13) . Obviamente, el autor apela a estos giros con el propósito de servirse de su valor emotivo (indiscutiblemente descalificatorio de la idea que critica) para, parejamente, encomiar la adhesión del lector a la tesis que él defiende (14) . Pero es evidente que este lenguaje no hace justicia a los jueces que adhieren a esa doctrina ni a ésta (15) . Tampoco ayuda a comprender por qué razón tanto la doctrina que Bianchi critica como la adhesión a ella tendrían las características deplorables que les adjudica. No expresa razones que justifiquen semejantes conclusiones. En suma, para refutar a Hércules no era necesario repetir sus excesos.

El tema me ha atraído desde antiguo, pero no tenía pensado intervenir en este intercambio. Sin embargo, cuando un amigo me dijo que él siempre había creído que Hércules era el seudónimo del que yo me valía para escribir notas breves -como las que acostumbraban aparecer en este suplemento que coordino- cambié de opinión. Creí importante que los lectores supieran que no soy quien usa ese seudónimo (jamás he empleado ese recurso para escribir), y vi en esta oportunidad una ocasión propicia para exponer algunas ideas en torno de esta cuestión, dentro del marco de las notas aludidas.

## II. SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO

La expresión empleada en el título sintetiza una idea más abarcadora, a saber: se trata de la postulación que los jueces, cuando así lo piensan, declaren nada menos que inconstitucional la norma que deben emplear en una sentencia para resolver el conflicto, a pesar de que esa inconstitucionalidad no la haya pedido ni fundado la parte interesada en su declaración.

En alguna ocasión la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como la norteamericana, ha aceptado esa posibilidad. Como bien recuerda el juez del Superior Tribunal de la Ciudad de Autónoma de Buenos Aires, Luis F. Lozano, durante más de un siglo la Corte Suprema entendió que la declaración de inconstitucionalidad de una norma exigía el pedido de parte, "con la sola excepción de las de aquellas que, como las que fijan su competencia, reglamentan cláusulas constitucionales que estructuran sus propias atribuciones y, por tanto, deben aplicar y, consecuentemente, interpretar de modo directo. A ese respecto, rige el mismo principio que para cualquier órgano creado por la Constitución: interpreta la cláusula de la ley fundamental que le toca poner en acto" (16) . Pero, al margen de esta excepción, una de las reglas que rigen esta materia (vgr., la declaración de inconstitucionalidad de una norma) ha sido la ineludible petición de la parte interesada en esa declaración. Creo que esta más que centenaria doctrina es la que ha caracterizado el modo en que en la Argentina se ejerció ese poder desde los inicios de la organización nacional (17) . Y creo también que en términos generales, y sin perjuicio de alguna otra excepción que podría construirse, ésta es la doctrina que mejor se adecua a nuestro sistema y a la gravedad de la misión que la Constitución (LA 1995-A-26) autoriza. No es

casualidad que la indudablemente poderosa Corte Suprema de los Estados Unidos -cuya jurisprudencia ha sido fuente directa de inspiración de la nuestra- también haya rechazado la posibilidad de que los jueces declaren, en general, la inconstitucionalidad de una norma de oficio (18).

### III. EL CASO "MILL DE PEREYRA" (19)

Tanto Hércules como Bianchi piensan que en la sentencia pronunciada por la Corte en este juicio, relativo a la actualización de las remuneraciones de diversos magistrados judiciales correntinos, no se consolidó la admisión del control de oficio. Según ellos, en una Corte Suprema integrada por nueve jueces, sólo cuatro propusieron expresamente adoptar el control oficioso (20).

### IV. EL CASO "BANCO COMERCIAL DE FINANZAS" (21)

En este juicio una Cámara de Apelaciones provincial había declarado, de oficio, la inconstitucionalidad del art. 1°, decreto 2075/1993 del Poder Ejecutivo Nacional, reglamentario de la ley 21526 (LA 1993-C-3273). La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires casó esa sentencia. Por un lado sostuvo la improcedencia de tal declaración cuando ella no había sido solicitada por la parte interesada. Por el otro defendió la validez constitucional de la norma. Contra esta decisión el banco (en liquidación) dedujo recurso extraordinario planteando tanto la inconstitucionalidad del artículo cuestionado (con cita del precedente pertinente) (22) cuanto la arbitrariedad del fallo. Al respecto dijo el alto tribunal, luego de expresarse aprobatoriamente y en general sobre el control de constitucionalidad de oficio:

"5) Que, sin embargo, el tribunal a quo -tras subrayar que ninguna de las partes había impugnado en el sub lite la constitucionalidad del decreto 2075/1993 - casó la sentencia dictada por la sala 1ª de la C. 1ª Civ. y Com. Bahía Blanca -en cuanto había declarado la inconstitucionalidad de dicha norma de oficio- e hizo reposar sobre dichas circunstancias y en lo establecido por el art. 8°, ley 24144 (LA 1992-C-3217) la validez y aptitud reglamentaria que le reconoció, con olvido de que la constitucionalidad del referido decreto había sido ya desestimada por esta Corte en Fallos 320:1386 [énfasis agregado].

"En consecuencia, cabe dejar sin efecto en este punto el fallo apelado y mantener la declaración de inconstitucionalidad del decreto 2075/1993, decretada por la citada Cámara, en tanto encuadra como gasto del concurso a los gastos y adelantos de cualquier

naturaleza efectuados por el Banco Central, con posterioridad a la liquidación del intermediario financiero, sin distinguir su naturaleza, causa u origen [énfasis agregado] (23) .

"6) Que, independientemente de lo anterior, la decisión del tribunal a quo según la cual `...el crédito del Banco Central goza de la preferencia del art. 264 , LCQ...' importó reconocer, sin dar fundamento, la existencia misma de la acreencia de la entidad, pese a que ella estaba enfáticamente controvertida, con el alcance que dicho banco pretendió, a fs. 74/76. La omisión en el tratamiento de esta última alegación -que, por cierto, había sido compartida por la Cámara de Apelaciones a fs. 123- torna también descalificable el fallo provincial desde la perspectiva que brinda la conocida doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias".

Bianchi, en respuesta a Hércules, expresa muy genéricamente que desde que se dictó la sentencia recién glosada, "y hasta el presente, la doctrina de este último caso no se ha modificado" (24) . La "doctrina" a la que alude es, según dice cinco renglones más arriba, la doctrina del "ejercicio del control de oficio" (25) . Hércules, por su parte, proclama el fallecimiento de la "doctrina" (26) . Ambos se manifiestan con total indiferencia hacia los particulares hechos del caso. Finalmente, los consid. 3 y 4 del voto de la mayoría del alto tribunal también exhiben una inocultable generalidad.

## V. ALCANCE DE LO RESUELTO EN "BANCO COMERCIAL DE FINANZAS"

### a) La Corte no actuó ex officio

Creo que sería equivocado afirmar que a partir de este caso, supuestamente el primer caso en su tipo, una mayoría de la Corte Suprema habría admitido, con carácter general, que los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de oficio que propicia gran parte de los autores. Ningún tribunal podría resolver tal cuestión en un solo caso. Me explico.

En la Argentina, fruto de nuestra educación universitaria, tenemos una fuerte inclinación, consciente o inconsciente, a interpretar (y, a veces, a redactar) las sentencias de un modo demasiado general. Como dijera Genaro R. Carrió con particular relación a cómo se interpretan los fallos de la Corte Suprema:

"En lugar de analizar los hechos de casos anteriores para verificar con la mayor precisión posible qué fue lo que realmente se decidió, preferimos deducir de párrafos sueltos, muchas veces tomados fuera de contexto, la solución del problema o del caso que tenemos a examen... Hay una especie de atracción hacia lo abstracto, un deseo de superar el marco de los hechos del caso, utilizándolos como trampolín para saltar a construcciones de vasto alcance... Otro modo de razonamiento, más apegado a las modalidades propias del complejo fáctico que se tiene a la vista se nos antoja cosa un tanto pedestre, tarea casuista, empresa de poco vuelo... De allí también que cuando nos toca trabajar con normas que han nacido del contacto con los hechos, nos apresuramos a cortar el cordón umbilical que las liga con éstos, para quedarnos con la norma como sustrato de sentido independiente y autónomo... Este desdén por los hechos entraña serios riesgos. Existe el peligro de que si se elimina de las normas creadas en la experiencia judicial las indispensables referencias a los hechos que condicionaron su nacimiento y, con ello, su sentido, el producto de esa eliminación -la norma en estado de pureza- sea luego utilizada como punto de arranque de nuevas series de deducciones que, despojadas de todo contralor fáctico, pueden llevar a cualquier parte" (27) .

Pienso que en los dos trabajos mencionados tanto Hércules como Bianchi, en alguna medida, han pagado tributo a la formación que refiere Carrió. Ambos se han valido de un solo caso para extraer de él "la norma en estado de pureza" (aunque la norma equivocada). Como consecuencia de ello, le reconocen al fallo un alcance general (y aquí lo de la "construcción de vasto alcance") que el precedente no tiene, y que jamás podría tener, por las siguientes razones:

A diferencia de las leyes -que, en su mayoría, estatuyen genéricamente, contemplando más de un supuesto específico y, en principio, para el futuro-, las sentencias que dictan los jueces federales resuelven concretamente un caso o controversia (28) , constituido por un grupo de hechos y circunstancias acaecidos en el pasado. Éste es el poder de juzgar, la iurisdicción, que la Constitución Nacional deposita en ellos. Cuando se trata de un tribunal de apelación, esos hechos o circunstancias, la sentencia pronunciada con anterioridad, junto con lo pedido por las partes, es lo que define el caso a resolver y delimita su competencia. Éste no puede resolver más de lo que los litigantes oportuna y válidamente le solicitaron. En caso contrario lesionaría el derecho de defensa de alguna de las partes del proceso (29)

De aquí que cuando procuramos establecer qué resolvió la Corte Suprema en un caso -y mucho más si se trata del primer caso en su tipo- debemos guardar apego a sus hechos y, en principio, ceñir la solución estrictamente a sus hechos relevantes. De lo contrario, si en tren de emplear el caso como precedente se generaliza excesivamente la particular situación decidida en él y se piensa que con esa sentencia la Corte habría resuelto todos los supuestos en los que puede surgir una declaración de inconstitucionalidad de oficio, estaría interpretándose la sentencia "como si" fuera una ley o una suerte de declaración política,

abstrayéndosela de las específicas circunstancias que motivaron ese primer pronunciamiento y esa primera norma individual contenida en ella. Esto sería un error grave. Pues, como dice Carrió, los jueces no pueden desentenderse de los hechos del caso que les toca juzgar. Y si lo hicieran, se estarían atribuyendo una jurisdicción de la que carecen (30).

Volvamos ahora al pleito bajo examen. Cuando la Corte Suprema Nacional reprochó a la Suprema Corte provincial que hubiera casado la sentencia de la Cámara, lo hizo teniendo especialmente en cuenta que esa casación había sido efectuada "con olvido de que la constitucionalidad del referido decreto había sido ya desestimada por esta Corte en Fallos 320:1386" (31), reproche que también contiene el dictamen del procurador general (32). Obsérvese, fundamentalmente, que la Corte no reclama al tribunal provincial haberse apartado de "Mill de Pereyra", que había sido decidido tres años antes. Reconviene no haber tenido en cuenta el caso en el que ese decreto ya había sido declarado inconstitucional por la Corte Suprema. Y, añadido, esa declaración preexistente de la Corte (i) se refería a la misma cuestión y artículo resuelta ahora por los tribunales provinciales y (ii) había sido invocada por el recurrente en su recurso extraordinario (33).

Es decir que si se toman en cuenta los hechos relevantes de "Banco Comercial de Finanzas", se advierte que, al revocar la sentencia apelada (vgr., la del Superior Tribunal provincial), la Corte Suprema, a pedido de parte, resolvió, por un lado, reiterar la declaración de inconstitucionalidad de un artículo, perteneciente a un decreto, que ella -en un supuesto análogo- ya había declarado tal siete años antes (consid. 5) y, por el otro, declarar que la resolución apelada tenía por probada, arbitrariamente, la existencia misma de la acreencia reclamada por el BCRA y cuestionada por la contraria (consid. 6) (34).

b) ¿Podríamos estar en presencia de una excepción a la regla general?

Pienso que la pregunta del título debe responderse negativamente. No estamos en presencia de una excepción, aunque lo dicho podría dar lugar a ella en el futuro. Pero permítaseme teorizar en función de un caso hipotético. Ahora presupondré que lo expresado por el alto tribunal en los consids. 3 y 4 (35) en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de oficio posee alguna fuerza vinculante e ignoraré, como dije recién, que en el recurso extraordinario el banco apelante había solicitado a la Corte la declaración de inconstitucionalidad de la norma, con cita del precedente luego invocado por ella. Aun aceptando hipotéticamente esta posibilidad, es obvio que de ella no se sigue que uno deba tomar lo expresado en esos párrafos "al bulto". Creo que ellos son de tal generalidad que, por las razones dadas más arriba, deben ser encapsulados dentro del marco trazado por los hechos relevantes recién destacados. Es decir que, dentro de este marco, lo máximo que podría arriesgarse es que en "Banco Comercial de Finanzas" una mayoría de la Corte

Suprema habría tallado una pequeñísima excepción a la regla general que impide la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Si imaginamos entonces cuál sería el alcance de esta excepción implícita en el precedente, diría tentativamente, y recordando que estaríamos ante un primer caso, que ella autorizaría a un tribunal inferior a declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma cuando en dicha declaración el tribunal debe hacer aplicación de precedentes de la Corte Suprema en los que ese mismo precepto ya ha sido declarado tal (36). Creo que así enmarcada, la excepción no sólo sería tolerable sino incluso encomiable. Los jueces inferiores deben sentirse obligados por la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esto contribuye a que el sistema sea previsible y coherente, consolida la tan mentada seguridad jurídica, permite tratar de igual modo los casos juzgados como semejantes, economiza esfuerzo y puede persuadir a la parte perjudicada de evitar la continuación de un litigio cuyo final, en principio, es opuesto a sus intereses (37).

## VI. ALCANCE DE LO DICHO SOBRE LA DECLARACIÓN DE OFICIO

Algunos podrían ver en el razonamiento precedente y en sus conclusiones un excesivo ceñimiento de su alcance. Podrían pensar que en los consid. 3 y 4 del fallo bajo consideración la Corte Suprema fue tan enfática en cuanto a la existencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, que sería absurdo pensar que ella no decidió también (o principalmente) esta cuestión y que esa decisión alcanzaría a todos los supuestos imaginables. Transcribo esos considerandos:

"3) Que, asimismo, cabe recordar que si bien 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, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio *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, desechando la de rango inferior (Fallos 306:303, consid. 4 del voto de los jueces Fayt y Belluscio).

"4) Que, además, se consignó que no podía verse en ello la creación de un desequilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se



produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso (conf. fallo precedentemente citado, consid. 5, Fallos 324:3219 , voto del juez Boggiano, consid. 11, 13 y 14, y del juez Vázquez, consid. 15, 16, 17 y 19)" (38) .

Pues bien, es evidente que esa mayoría de la Corte dijo aquí muchas cosas (39) . Es innegable que los allí firmantes manifestaron, en general, su adhesión a la doctrina bajo comentario. No obstante, esas manifestaciones están expresadas en abstracto, y en abstracto, como se sabe, se puede participar de ciertas ideas generales que varían o se abandonan cuando las enfrentamos a supuestos concretos. Observe detenidamente el lector que en ningún momento la mayoría conecta o vincula esos argumentos con los específicos hechos del caso que debe resolver. Tampoco alude a si la Cámara se hallaba ante un deber o una facultad (de operar de oficio). Ni valora que, en el caso, la mencionada Cámara había fundado su decisión en jurisprudencia de la propia Corte Suprema Nacional (40) . No analiza su propia jurisprudencia que niega la posibilidad de la declaración de oficio, sea implícitamente sea explícitamente, pero sí le exige al tribunal superior provincial que la respete en la materia sub examine. Estas expresiones no aparecen como pensadas en función del supuesto bajo examen sino que vienen a ser una apretadísima síntesis de algunos argumentos expuestos por la doctrina tanto en favor cuanto en contra de esta idea. Recuérdese también que luego de dicho esto, a renglón seguido, la propia Corte Suprema, al momento de resolver, remite a su declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión pronunciada siete años antes. Además expresa "mantener" la declaración de inconstitucionalidad decretada por la Cámara, pero es evidente que esta declaración es innecesaria, pues ella revisaba la sentencia del superior tribunal y no la de la alzada. Consecuentemente, considero que no sería una sana regla la de postular que un tribunal -cualquier tribunal- deba sentirse obligado a seguir el camino que le indicarían las expresiones generales vertidas en un precedente que se dice aplicable cuando esas expresiones no aparecen razonadas con relación a los particulares hechos relevantes que definen el caso o cuando lo exceden. Pienso que una regla tal concedería demasiado poder a quien hoy le toca resolver un juicio determinado (que es quien impondría esa genérica obligación hacia el futuro). Y, en materia de control de constitucionalidad, la jurisdicción de los jueces no importa semejante atribución. En un supuesto tal es evidente que ellos se pronunciarían fuera del caso o controversia.

Por otro lado, como política judicial en materia de control de constitucionalidad, admitir una regla de esas características, con semejante alcance, sería claramente inconveniente. Adviértase que, en definitiva, con esas genéricas expresiones se estaría echando por tierra,

y de un solo plumazo, tanto una construcción judicial centenaria cuanto otros requisitos inherentes al recurso extraordinario regulado en el art. 14 , ley 48 (ALJA 1853-1958-1-14). Me refiero, por ejemplo, al requisito jurisprudencial referido a la introducción oportuna de la cuestión federal por parte de aquel a quien la norma impugnada afecta (41) . Es obvio que en la hipótesis bajo análisis esta exigencia sería baladí (42) . Otro recaudo con el que chocaría el control de oficio sería el de la debida fundamentación del recurso, impuesta expresamente por el art. 15 , ley 48 y la añosa jurisprudencia que lo ha interpretado. Es claro que reclamarla sería estéril, pues el tribunal estaría obligado a actuar de oficio, aun supliendo la ausencia de ese sustento.

En síntesis, si se van a desechar tantos años de experiencia judicial es, como mínimo, aconsejable que se lo haga a conciencia y que se evalúen pormenorizadamente las consecuencias que de ello podría derivar. Piénsese que esas reglas jurisprudenciales, junto, entre otras, con las relativas a las cuestiones políticas, las no maduras, las abstractas o las consultivas, la exigencia de una controversia y el interés (o gravamen) del peticionante para pedir la declaración de inconstitucionalidad integran un sistema flexible -tomado de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana- desarrollado a lo largo de muchos años, para evitar, precisamente, que el Poder Judicial intervenga excesiva o innecesariamente en cuestiones constitucionales. Ellas, en parte, "también reflejaban la intuición que frecuentes intervenciones judiciales en el proceso político generarían una reacción política tan amplia que destrozaría a la Corte a su paso" (43) .

Es decir que, en tren de comprender este fallo, uno no debe dejarse dominar por el modelo de su predilección o por el que desaconseja. Simplemente se debe conservar apego a lo resuelto por el tribunal, como cosa distinta de lo dicho por él o de las preferencias que uno tenga sobre el particular. Creo también que un análisis imparcial lleva a la conclusión de que ni los ministros de la Corte Suprema ni los tribunales inferiores pueden sentirse obligados por todo lo dicho en esos considerandos. En su favor milita, por último, la propia jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional. Pues, como dijo ella en el célebre "Municipalidad v. Elortondo":

"[E]s, una máxima de derecho que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan el juicio del tribunal para los casos subsiguientes" (énfasis agregado) (44) .

Esta definición de lo que se conoce como obiter dictum fue proporcionada por el tribunal hace más de cien años, y es clave al momento de interpretar una sentencia. No todo lo que se dice en un fallo es decisivo para la resolución del caso (45) . Mucho menos lo es cuando del propio texto de la sentencia surge que el mismo fue decidido por remisión a un

precedente del alto tribunal invocado por el recurrente. En el caso bajo estudio no hubo declaración de inconstitucionalidad de oficio por parte de la Corte, pues esa declaración había sido ya solicitada por el recurrente, con cita de un precedente del alto tribunal. Lo "dicho" por ella sobre el control oficioso, con carácter general y abstracto, por las razones dadas, tampoco integra lo allí "resuelto". Por tanto, considero que "Banco Comercial de Finanzas" no tiene el alcance que se le ha atribuido. De aquí que unas páginas más arriba haya puesto en duda la muerte de esta doctrina, pues tengo para mí que, con la generalidad propuesta, ella nunca nació.

Ahora bien, afirmar lo anterior de ningún modo implica ignorar o minimizar lo dicho en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de oficio en los consids. 3 y 4 y al impacto que esos considerandos podrían tener en los tribunales inferiores. Se trata, simplemente, de atribuirle el lugar que le corresponde en una sentencia. Lo dicho en esos párrafos será revisado (o no) (46) por el alto tribunal ante un nuevo recurso en el que, para resolverlo, sea necesario pronunciarse sobre el control oficioso. Habrá que aguardar a la llegada de ese nuevo juicio para ver si entonces la fuerza de ese obiter dictum determina a otra mayoría de la Corte Suprema a diseñar una nueva excepción o a extender la regla del precedente a otro caso que se juzgue análogo. O, también podría ocurrir, que una relectura razonada del asunto la inclinara por rechazar esa construcción o ceñirla a los particulares hechos de ese caso.

Sólo después de que se hayan acumulado una serie de casos considerados análogos y que sean resueltos del mismo modo podremos arriesgar la elaboración de una regla, un principio o proposición general (o varias) que abarque dentro de una misma categoría o clase, o de varias, a los diversos supuestos de hecho relevantes contenidos en todos ellos. Mas, cuidado. Aun cuando hayamos llegado a este punto, la cautela siempre será buena compañera. Ese principio, regla o proposición general estará en continúa formación -estará vivo-, expandiéndose y restringiéndose. Su vitalidad necesitará ser testeada nuevamente por el alto tribunal en oportunidad de interpretarla a la luz de los hechos de un nuevo caso. La jurisprudencia de la Corte Suprema nos ilustra acabadamente sobre el particular (47). Sólo se trata de respetarla.

## VII. CONCLUSIÓN

Interpretar sentencias no es tarea fácil. Educados como hemos sido, fundamentalmente, en la interpretación de Códigos y leyes, es nuestra tendencia casi natural la de emplear los mismos recursos para comprender las primeras, y esto en muchos casos es un error. La jurisprudencia de la Corte Suprema nos proporciona numerosas guías para hacer lo primero. Ellas han sido diseñadas a lo largo de más de 147 años. En ocasiones ella misma nos anuncia sus propios errores. Algunas han sido descubiertas y otras están ahí, esperando

serlo. Pero en la Argentina aún no hemos desarrollado una teoría o doctrina aceptada acerca de cómo deben interpretarse las sentencias. Genaro R. Carrió decía que la doctrina del precedente del common law -que mucha influencia tuvo en sus lúcidos trabajos de análisis jurisprudencial- (48) representa "el sistema de derecho judicial más evolucionado y sólido de Occidente (que yo sepa, de todo el mundo)" (49). Julio C. Cueto Rúa se ocupó de ella exhaustivamente (50). Sin duda, conocerla ayuda -y muchísimo- a esa comprensión. Parejamente, ya ante nuestra realidad, debemos preocuparnos por discutir estas cuestiones, puntillosamente, a la luz de la jurisprudencia del alto tribunal. Evitar la tentación de las conclusiones de vasto alcance. Probar argumentos, someterlos a la crítica y desecharlos o "repararlos" si se demuestra su inconsistencia. Prueba y error. Como dije, ya con las decisiones del alto tribunal se cuenta con material fértil para hacerlo.

#### NOTAS:

(1) Ver el prolijo listado de autores elaborado por Lozano, Luis F., "La declaración de inconstitucionalidad de oficio", Ed. Ad-Hoc, 2004, p. 20, nota de pie 5, y las restantes referencias obrantes a lo largo de ese cap. I; y Bianchi, Alberto B., "Control de constitucionalidad. El Proceso y la jurisdicción constitucionales", Ed. Ábaco de R. Depalma, 1992, p. 216 y ss.; Berardi, Fabiana, "De la articulación de la cuestión federal en tiempos de control de oficio", JA 2005-III-446 ; Kodelia, Gonzalo S., "La Corte Suprema como poder político y el control de constitucionalidad por su oficio", JA 2005-III-450 ; Gullco, Hernán, "Técnica del recurso extraordinario 1/2006", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, LNOL 9/2006, p. 1755.

(2) JA 2007-III-1231 .

(3) Íd., p. 9, col. 1.

(4) Ibíd., p. 10, col. 1.

(5) Ibíd., p. 11, nota al pie 20.

(6) Ibíd., p. 9, nota al pie 2.

(7) Bianchi, "¿Quién ha dicho que el control de oficio está muerto?", JA 2007-IV-1266 .

(8) Sobre el punto, la Corte Suprema norteamericana tiene establecida la siguiente regla: "Normalmente, esta Corte no se aparta de un caso anterior, o lo limita de un modo tan drástico, sub silentio" ("Shalala v. Illinois Council on Long Term Care, Inc.", 529 US 1, 18 [2000], 120 Supreme Court Reporter 1084, 1096).

(9) *Íd.*, p. 3, col. 1 ("En primer lugar, no comprendo -y lo digo con mi nombre y apellido- cómo puede alguien...").

(10) *Ibíd.*, p. 5, col. 2.

(11) *Ibíd.*, p. 3, col. 1.

(12) *Ibíd.*, p. 6, col. 2.

(13) *Ibíd.*

(14) Sobre el significado emotivo (de las palabras) bajo ropaje descriptivo ver Carrió, Genaro R., "Notas sobre Derecho y lenguaje", Ed. Abeledo-Perrot, 1986, p. 24. ("Mediante el empleo de ciertos giros, so capa de describir una determinada pretensión, se la presenta como absurda o inaceptable o bien como digna de ser acogida"). Ver también p. 44, apart. 8.

(15) En general, no creo que los jueces que adhieren a esta doctrina, o los defensores de ella, sean, por esa sola razón, retrógrados, retraídos y temerosos, lo cual no importa negar que haya jueces o profesores con esas cualidades. Por el otro lado, la declaración de inconstitucionalidad de oficio tampoco asegura que, por el hecho de existir, los jueces o los profesores no tendrán aquellas características de la personalidad.

(16) Fallos 53:420 (1893), "Cullen v. Llerena" ; Lozano, Luis F., "La declaración..." cit., p. 19.

(17) O, al menos, hasta el día de hoy nadie ha podido encontrar precedentes de la Corte en los que ella se hubiera pronunciado consistentemente en sentido contrario. Creo que este silencio jurisprudencial ya nos dice algo importante. Sea entusiasmarnos para buscar más y mejor, sea invitarnos a dejar el pasado en paz y admitir que ésa fue históricamente la regla general que marcó y marca la ortodoxia (como la llama Lozano) de este asunto.

(18) Ver "Williams v. Zbaraz", 448 US 358, 367 (1980) (rechaza la inconstitucionalidad de una ley federal declarada por un tribunal porque ella no había sido pedida por alguna de las partes); y "Princeton University v. Schmid", 455 US 100, 102 (1982) (rechaza la apelación del gobierno por no haber cuestionado o defendido la constitucionalidad de la norma en juego), citados por Fallon, Richard H., Meltzer, Daniel J. y Shapiro, David L., "Hart and wechsler's the Federal Courts and the federal system", Foundation Press, 1996, p. 83.

(19) Fallos 324:3219 (2001), "Mill de Pereyra, Rita A. y otros v. Provincia de Corrientes", JA 2002-I-737.

(20) Lozano piensa que en este caso existe mayoría de seis ministros en favor de la posición bajo análisis ("La declaración..." cit., p. 23).

(21) Fallos 327:3117 (2004), "Banco Comercial de Finanzas", JA 2005-III-441.

(22) Íd., p. 3120.

(23) La porción destacada en bastardilla es una síntesis de los consids. 8 y 9 de Fallos 320:1386 , 1390, 1391 (1997), "Banco Sidesa S.A." (JA 1998-I-379 ).

(24) Bianchi, "¿Quién ha dicho..." cit., p. 4, col. 1.

(25) También es indicativo de que el autor se expresa con la generalidad referida, cuando en la p. 3 sostiene no comprender "cómo puede alguien alegrarse por el retorno del requisito del pedido de parte para el ejercicio del control de constitucionalidad...".

(26) Hércules, "Réquiem..." cit., ps. 8, col. 2 y 11, col. 2.

(27) Carrió, Genaro R., "Recurso de amparo y técnica judicial", 2ª edición aumentada, Ed. Abeledo-Perrot, 1987, fragmentos extraídos de las ps. 174 y 177, omitiendo citas a pie de página dignas de lectura.

(28) Arts. 100 , CN. y 2 , ley 27 (ALJA 1853-1958-1-13).

(29) Ver, entre muchos otros, Fallos 307:1487 (1985), "Empresa Constructora Casa S.A.C.I.F.yA. v. Banco Hipotecario Nacional"; Fallos 307:2445 (1985), "Clemente Lococo".

(30) Frecuentemente, cuando la Corte Suprema Nacional dicta sentencia emplea precedentes propios como soporte normativo de su decisión. Con esto quiero significar que extrae de ellos lo que considera la regla general o el principio con base en el cual lo resolvió y la/o aplica en casos subsiguientes considerados sustancialmente similares. He intentado dar cuenta de esta práctica en "El precedente judicial en la Corte Suprema", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 2, 1997, ns. 1 y 2, p. 51. Qué tan obligada se siente ella respecto de esos precedentes es algo más complejo de establecer. Me he referido a esta cuestión en "La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes. Aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso `Montalvo'" [J 04\_313v2t115], JA 1991-II-870.

(31) Se refiere a "Banco Sidesa S.A.". La cuestión -como se menciona en este último caso- ya había sido tratada y resuelta en "Banco Los Pinos", del 10/8/1995, precedente que se resolvió por remisión a otros dos (vgr., Fallos 310:2200 [1987], "Santiago F. Llaver y otra", y Fallos 316:562 [1993], "Manquillán S.A." [JA 1993-II-713]). Cuando en "Banco Comercial de Finanzas" la Cámara declaró la inconstitucionalidad de oficio, se había apoyado en este último precedente.

(32) Fallos 327:3117, 3122.

(33) Íd., p. 3120.

(34) El voto de Petracchi sólo entra en la cuestión de arbitrariedad.

(35) Ver los considerandos citados infra, apart. VI.

(36) Esta formulación ya contiene ciertas prudentes generalizaciones. Se habla, por ejemplo, de "un tribunal superior" (y no de la Sup. Corte Bs. As.), de declaración de inconstitucionalidad "de una norma" (y no exclusivamente de un decreto del PEN) y cuando preexiste jurisprudencia de la Corte en igual sentido (independientemente de que sean uno o más casos). La adecuación o la justeza de estas generalizaciones serán probadas en oportunidad de decidirse un caso futuro.

(37) Se puede ampliar esta noción en Shavell, Steven, "The appeals process and adjudicator incentives", XXXV The Journal of Legal Studies 1 (2006) (<http://>).

(38) Fallos 327:3117, 3124, 3125 (2004).

(39) Firman este voto Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

(40) Menciono estas circunstancias referidas a la Cámara de Apelación porque la propia Corte alude a lo hecho por ella. No porque crea que esa alusión es correcta. Pienso que en una apelación como la presente se revisa (y confirma o revoca) la sentencia del Superior Tribunal provincial, no la de uno inferior a éste.

(41) Ver Berardi, Fabiana, "De la articulación..." cit. Ver también Lozano, Luis F., "La declaración..." cit., p. 153, acáp. 14.1.

(42) Sin embargo, la prevenciones acerca del exceso de entusiasmo nunca son suficientes. Obsérvese que recientemente la Corte Suprema ha vuelto a exigir este recaudo. En efecto, el 11/3/2008 resolvió el caso "Oviedo v. Marcone", donde el recurrente -recién al deducir recurso de hecho- había cuestionado la constitucionalidad de la acordada 4/2007 . Dijo al respecto el alto tribunal, en fallo firmado por sólo cinco ministros:



"6) Que con respecto al planteo de inconstitucionalidad de la acordada 4/2007 de este tribunal -que aprobó el reglamento mediante el cual se establecieron los recaudos formales que deben cumplir los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja por denegación de aquél-, cabe señalar que ha sido formulado en forma extemporánea, pues dicho cuestionamiento debió haberse formulado al deducir el remedio federal el 31/10/2007 y no al interponer el presente recurso de hecho".

Es evidente que exigir este recaudo -imprimiéndole toda su fuerza descalificadora- pone lógicamente en crisis lo dicho obiter dictum en los consids. 3 y 4 de "Banco Comercial de Finanzas". Es inconsistente postular la declaración de inconstitucionalidad de oficio y, al mismo tiempo, rechazar un recurso porque el apelante pidió esa declaración tardíamente. Quizá, en algún punto, las presuposiciones de Hércules que he calificado de remotas no lo eran tanto.

(43) Monaghan, Henry P., "Constitutional adjudication: the who and when", LXXXII Yale Law Journal 1363, 1366 (1973). Ver también Bickel, Alexander M., "The least dangerous branch", Yale University Press, 2ª edición, 1986, p. 111, y Gunther, Gerald, "The subtle vices of the 'passive virtues'. A comment on principle and expediency in judicial review", 64 Columbia Law Review 1 (1964). Posner, Richard, "The Federal Courts. Challenge and reform", Harvard University Press, 1996, p. 43.

(44) Fallos 33:162 , 196, "Municipalidad de la Capital v. Elortondo", consid. 26 (1888). Aun cuando la Corte no lo menciona ni cita, este párrafo es una buena traducción, casi al pie de la letra, de lo dicho por John Marshall en el caso "Cohens v. Virginia", 6 Wheat (19 US) 264, 399 (1821), en oportunidad de ceñir el alcance de ciertas expresiones vertidas en "Marbury v. Madison", 1 Cranch (5 US) 137 (1803). La identidad, como se apreciará, es inocultable.

Dijo la Corte en "Cohens": "It is a maxim not to be disregarded that general expressions, in every opinion, are to be taken in connection with the case in which those expressions are used. If they go beyond the case, they may be respected, but ought not to control the judgment in a subsequent suit when the very point is presented for decision".

Obsérvese que ni siquiera en el common law, sistema donde la regla implícita en el precedente es de aplicación obligatoria respecto de todos los casos similares, tanto para el tribunal que dicta el precedente como para los inferiores a él de la misma jurisdicción (idea resumida en la expresión "stare decisis et quia non movere"), esas expresiones generales controlan la decisión de casos subsiguientes. Los jueces no tienen ese poder.

(45) Para ampliar estas nociones puede acudir al trabajo "El precedente judicial..." cit.

(46) Recuérdese la posibilidad elusiva que le otorgan a la Corte los arts. 280 y 285 , CPCCN.

(47) A título ilustrativo, recuérdese cómo lo dicho en "Bazterrica" , Fallos 308:1398 (1986 [JA 1986-IV-209]) (vgr., la tenencia de marihuana para consumo personal, en tanto no perjudique a terceros, está protegida por el art. 19 , CN. Las conductas del hombre contra sí mismo quedan fuera del ámbito de la ley) fue ceñido a su mínima expresión en los casos subsiguientes de Fallos 310:2836 (1987), "Von Wernick (el art. 19 , CN. no ampara el consumo de marihuana en lugar público e induciendo a un tercero a hacerlo); Fallos 311:2228 (1988), "García" (consumo dentro de un auto, en la vía pública e induciendo a un tercero a hacerlo); Fallos 311:2721 (JA 1989-II-507) (1988), "Gerstein" (marihuana secuestrada del bolso de la procesada, hallado en su domicilio, luego de una reunión donde había consumido con otras personas); y Fallos 312:1892 (1989), "Di Capua" (marihuana hallada entre las pertenencias del procesado en oportunidad de revisarlas para permitir su ingreso, como visitante, a un establecimiento carcelario y destinada a su consumo en una fiesta en lugar público). Confróntese lo dicho en Fallos 238:335 (1957), "Esquivillón de Igón", con lo resuelto en Fallos 242:73 (1958), "Degó"; íd., Fallos 320:190 (1998), "Carcarañá S.A.C.I."; y Fallos 323:2790 , 2792 (2000), "Compañía Azucarera Concepción S.A.".

(48) El libro sobre recurso de amparo citado supra, nota 26, es un vívido ejemplo de ello.

(49) "Genaro R. Carrió, profesor honorario. Dos discursos para la divulgación", Ed. Abeledo-Perrot, 1990, p. 32 in fine. En realidad, en los países regidos por el common law no existe una única doctrina del precedente. Para el norteamericano Harry W. Jones, por ejemplo, "La institución del precedente no está constituida por una sola doctrina sino por un grupo de doctrinas que, tomadas en conjunto, dejan mucho más espacio del que generalmente se supone para que ocurran desarrollos y cambios en la jurisprudencia, y también para la inyección de consideraciones valorativas (policy considerations) dentro de esas decisiones" ("Dyson distinguished lecture: precedent and policy in constitutional law", 4 Pace Law Review, 11, 19 [1983]). Esta doctrina tampoco es la misma aplicada al Derecho Constitucional o al Derecho privado. Y tampoco existe consenso acerca de qué es lo que obliga del precedente, existiendo diferencias importantes entre los ingleses y los norteamericanos.

(50) Cueto Rúa, "El common law. Su estructura normativa. Su enseñanza", Ed. La Ley, 1957.

30/4/2008AR\_DA002