

CONSTITUCIÓN NACIONAL ~ Control de constitucionalidad (Nacional)

Autor: Garay, Alberto F.

Título: Sobre el control de constitucionalidad de oficio, nuevamente

Fecha: 2014-11-19

Publicado: SJA 2014/11/19-4 ; JA 2014-IV

I. INTRODUCCIÓN

El 6 de marzo de 2014, la Corte Suprema volvió a escribir un nuevo capítulo sobre el llamado control de constitucionalidad, cuando él es ejercido por los jueces de oficio, esto es, sin que alguna parte del juicio se lo haya solicitado. En esta oportunidad, la iniciativa controlante le cupo a una Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal en los autos: "Mansilla, Carlos Eugenio c/ Fortbenton Co. Laboratories S.A. y otro s/ despido". Antes de abordar la sentencia de la Corte Suprema, analizaré algunos antecedentes modernos del asunto. Luego, examinaré este nuevo precedente y explicitaré lo que, a mi entender, es su ratio decidendi, holding o doctrina (empleados de aquí en más indistintamente).

II. ANTECEDENTES INMEDIATOS

a) El caso "Mill de Pereyra", Fallos 324:3219 (2001)

Estaba en discusión la actualización de las remuneraciones de diversos magistrados judiciales correntinos. Sostenían que dicha repotenciación reconocía su fundamento en la intangibilidad de sus remuneraciones aseguradas tanto por el art. 143 de la Constitución provincial cuanto por el art. 96 (actual art. 110) de la Constitución Nacional. El caso, que tramitaba originariamente ante el superior tribunal de la provincia, había sido resuelto por conjuces. Éstos, de oficio (con invocación del principio iura novit curia), habían considerado que ante el envilecimiento de la moneda, el impedimento para proceder a esa actualización establecido en la ley nacional 23.928 y en la ley local 4558 agredía, entre otros, los artículos mencionados. Esa declaración de inconstitucionalidad que pronunciara el tribunal superior no había sido solicitada por los jueces accionantes. Además de ello, los conjuces sostuvieron la analogía del presente caso con el precedente "Bonorino Perú", de la Corte Suprema.

El Estado provincial apeló y sostuvo, entre otras cosas, que la decisión de los conjuces violentaba su derecho de defensa, puesto que nadie había pedido la declaración de inconstitucionalidad expresada y, debido a ello, no había podido argumentar sobre la corrección constitucional de las normas involucradas.

La sentencia de la Corte Suprema posee un voto plural, que compartieron dos jueces y siete votos individuales, algunos concurrentes en parte y otros parcialmente disidentes. De todos ellos, sólo cuatro propusieron de manera general y expresamente adoptar el control oficioso (1). Es decir que en una Corte integrada por nueve jueces, no había mayoría sobre el punto. Además, la Corte consideró que la ley 23.928 era constitucional y, en este aspecto, recovó la sentencia apelada.

b) El caso "Banco Comercial de Finanzas", Fallos 327:3117 (2004)

Unos pocos años después, la Corte Suprema resolvió "Banco Comercial de Finanzas". Sus antecedentes, en la parte que nos interesa aquí, eran los siguientes. Una Cámara de Apelaciones provincial había declarado, de oficio, la inconstitucionalidad del art. 1° del decreto 2075/1993 del Poder Ejecutivo Nacional, reglamentario de la Ley de Entidades financieras 21.526. Se basó para ello en un precedente de la Suprema Corte federal en el que idéntico precepto había merecido la misma descalificación.

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) (2) 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 Cámara 1ª Civ. y

Com. del Departamento Judicial de 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° de la ley 24.144 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] (3).

"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 de la Ley de Concursos...' 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".

Conforme surge de lo expuesto, la Corte Suprema revocó la sentencia de su par provincial con fundamento en lo resuelto en el precedente "Banco Sidesa" (Fallos 320:1386) y con soporte en la doctrina de las sentencias arbitrarias.

1.— El obiter dictum del fallo

Además de lo que se resolvió en el caso, también se dijo lo siguiente:

"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 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos 306:303 [J 60000665], considerando 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, considerando 5°, Fallos 324:3219, voto del juez Boggiano, considerandos 11, 13 y 14, y del juez Vázquez, considerandos 15, 16, 17 y 19)" (4).

¿Había resuelto la Corte la pertinencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio? Pues bien, es evidente que esa mayoría de la Corte dijo aquí muchas cosas (5). Como sostuve en una publicación anterior (6), es innegable que los allí firmantes manifestaron, en general, su adhesión a la doctrina bajo comentario y esa manifestación recibió una calurosa bienvenida por parte de los autores que comulgan con ella (7).

No obstante, en este caso la Corte no había resuelto que era pertinente ejercer oficiosamente el control de constitucionalidad o declarar inconstitucional, de oficio, la norma en cuestión.

Sin duda que el Alto Tribunal se refirió a esta cuestión aprobatoriamente. Sin embargo, esas expresiones —innecesarias para resolver lo que en definitiva resolvió— están formuladas 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 (8). Me detendré brevemente en este punto.

Observe detenidamente el lector los inconvenientes que tienen los considerandos bajo análisis: i) en ningún momento la mayoría conecta o vincula esos argumentos con los específicos hechos del caso que debe resolver.

ii) Tampoco valora que, en el caso, la mencionada Cámara había fundado su decisión en jurisprudencia de la propia Corte Suprema Nacional (9). iii) 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. iv) No relaciona el control de oficio con la exigencia de los tres incisos del art. 14 de la ley 48, que, entre otras cosas, condicionan la procedencia del recurso a que "en el pleito se haya puesto en cuestión" por parte del interesado la constitucionalidad de la norma en juego ni con el art. 15 de la ley 48 y su jurisprudencia conexas, que imponen el deber de fundamentar adecuadamente el recurso extraordinario (sobre estos puntos volveré luego).

2.— Un obiter dictum no tiene autoridad institucional, sin perjuicio de su fuerza persuasiva relativa

Creo que un análisis imparcial acerca de los obiter dicta, más allá de los distintos tipos que se puedan identificar, lleva a la conclusión que ni los Ministros de la Corte Suprema ni los tribunales inferiores pueden sentirse obligados por todo lo dicho en esos considerandos. Pues, como dijo la mayoría de la Corte suprema en el célebre "Municipalidad v. Elortondo", refiriéndose a los obiter dicta:

"[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) (10).

Esa máxima de derecho, como la llama la Corte Suprema, fue proporcionada por el Tribunal hace ciento seis años, ha sido citada y empleada innumerables veces 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 (11). Mucho menos lo es, cuando del propio texto de la sentencia —como ocurre en "Banco Comercial de Finanzas"— 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".

En realidad, las expresiones recordadas más arriba 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, dice "mantener" la declaración de inconstitucionalidad decretada por la Cámara, declaración evidentemente innecesaria, pues ella tiene competencia para revisar la sentencia del Superior tribunal, no la de la alzada.

Consecuentemente, en vista de las objeciones alzadas anteriormente, 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 ni al contexto jurisprudencial y legal que enmarca la cuestión ni a lo efectivamente resuelto, como aconseja la máxima de derecho a la que aludió la Corte en "Municipalidad c/ Elortondo". Pienso que una regla tal concedería demasiado poder a quien hoy le toca resolver un juicio determinado (que es quien impondría esa genérica y abstracta 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, según como lo han definido y propuesto las partes.

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 sólo plumazo, tanto una construcción judicial más que centenaria, cuanto otros requisitos inherentes al recurso extraordinario regulado en los arts. 14 y 15 de la ley 48 (12), por lo que, 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 los antecedentes y las consecuencias más importantes 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, 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

estadounidense— 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" (13) .

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.

3.— ¿Ese dictum puede ser visto como la base de una excepción posible?

Afirmar que lo dicho por la Corte en los considerandos 3º y 4º no integran lo resuelto por ella de ningún modo implica ignorar o minimizar ese dictum en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de oficio y al impacto que esos considerandos podrían tener en los tribunales inferiores (lato sensu). Se trata, simplemente, de atribuirle el lugar que le corresponde en una sentencia.

Pienso también que lo máximo que podría arriesgarse es que en "Banco Comercial de Finanzas" una mayoría de la Corte Suprema habría sentado las bases para admitir 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 siempre que estaríamos ante un primer caso, que un tribunal inferior (en sentido lato) está autorizado para considerar de oficio la inconstitucionalidad de una norma, cuando para resolver la contienda él debe hacer aplicación de precedentes de la Corte Suprema (no invocados) en los que ese mismo precepto ya ha sido declarado tal en uno o más casos semejantes (14) .

Creo que así enmarcada, la excepción no trastorna el significado central, medular, de la regla general impediendo del oficio y admitiría una excepción que se desenvuelve por su zona de penumbra, por sus difusos límites. Esta excepción, así enmarcada, realzaría la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y ello contribuiría a que el sistema sea previsible y coherente, consolidaría la tan mentada seguridad jurídica, permitiría tratar de igual modo los casos juzgados como semejantes, economizaría esfuerzo y puede persuadir a la parte perjudicada de evitar la continuación de un litigio cuyo final, en principio, es opuesto a sus intereses (15). Pero veamos qué ocurrió unos años después.

c) La Acordada Corte Sup. nro. 4/2007

A mediados del año 2007, es decir, casi tres años después de la sentencia recaída en "Banco Comercial de Finanzas", la Corte reglamentó diversos aspectos relacionados con el escrito de interposición del recurso extraordinario y del recurso de hecho. En lo que aquí interesa, la regla 3.b) reclama que el recurso contenga "el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal, con indicación del momento en que se presentaron por primera vez dichas cuestiones, de cuándo y cómo el recurrente introdujo el planteo respectivo y, en su caso, cómo lo mantuvo con posterioridad". El recurrente que no cumpla con esta exigencia se expone a que la Corte desestime sin más su apelación (regla 11).

En realidad, este recaudo no era algo novedoso en el mundo jurídico sino que venía siendo exigido desde antaño por la jurisprudencia de la Corte con soporte en los arts. 14 y 15 de la ley 48. En efecto, como más arriba, según el art. 14 de la ley 48, para que proceda un recurso extraordinario federal, en el juicio debe haberse puesto en cuestión la validez constitucional de una norma aplicable y la resolución tiene que ser contraria al derecho federal en juego (incisos 1º y 2º). Otro fundamento del recurso no se refiere a cuestiones de validez sino de inteligencia constitucional o federal: en el caso se debe haber disputado el alcance de una norma federal y la decisión debe ser contraria al derecho que se funda en aquélla (inc. 3º). En general, si esos cuestionamientos no han sido sometidos previamente por alguna de las partes a los tribunales anteriores, su tratamiento originario por la Corte Suprema es improcedente.

Tales exigencias legales, por otra parte, estaban en línea con la concepción predominante acerca del control de constitucionalidad, a saber: en general, los jueces resolvían y resuelven las cuestiones contenciosas que les plantean las partes (art. 2º, ley 27). Por lo tanto, si la parte interesada no había planteado una cuestión de validez constitucional o no habían disputado para sí un derecho emergente de una norma federal aplicable para resolver el caso, ese asunto no podía ser abordado y resuelto por el magistrado y llevado luego al Alto Tribunal.

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 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 (v.gr., 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 Argentina se ejerció ese poder desde los inicios de la organización nacional. Y creo también que, en términos generales y sin perjuicio de alguna otra excepción que podría construirse (recuérdese la delineada supra, apart. b.3]), ésta es la doctrina que mejor se adecua a nuestro sistema y a la gravedad de la misión que la Constitución 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 cuando ella no ha sido pedida por una de las partes (17).

La regla 3.b) de la Acordada 4 vino a pormenorizar el asunto, requiriendo algo que ya se exigía jurisprudencialmente, caso por caso, consistente en que se detalle dónde, cuándo y cómo se plantearon esas cuestiones federales de las que hablan los incisos 1º a 3º del art. 14.

Claro está que, si los jueces se hallan en el deber de controlar la constitucionalidad de las normas que deben emplear para resolver cada caso —como postulaba el genérico dictum de "Banco Comercial de Finanzas"—, es evidente que pedir la satisfacción de esta regla sería baladí, tanto como irrazonable sancionar al apelante que no cumple con ella (regla 11).

Sin embargo, al poco tiempo de puesta en vigor esta reglamentación, la Corte no dudó en rechazar un planteo de constitucionalidad que recién se había efectuado por primera vez en el recurso extraordinario. Así ocurrió en el caso "Oviedo" (Fallos 331:419) donde la Corte Suprema, prescindiendo del "deber" de controlar de oficio la constitucionalidad de las normas, volvió a reclamar el planteo oportuno de inconstitucionalidad por parte del interesado (18).

d) El caso "Rodríguez Pereyra" y un nuevo y enfático dictum

1.— Antecedentes

Este caso fue fallado el 27 de noviembre de 2012. El juicio trataba de un conscripto que había sufrido un accidente encuadrable como acto de servicio. Al ser así subsumido, la ley aplicable dispone una indemnización única que no puede exceder de treinta y cinco haberes mensuales de su grado si se trata de una "disminución menor del sesenta y seis por ciento para el trabajo en la vida civil" (art. 76, inc. 3º, apart. c], ley 19.101, según texto ley 22.511). La disminución laboral del actor había sido estimada en el 30%.

En las instancias anteriores, se consideró que las previsiones de la ley 19.101 no eran aplicables al caso del conscripto Rodríguez Pereyra. Por lo tanto, teniendo presente las razones expresadas por la Corte en "Aquino" (Fallos 327:3753) en oportunidad de declarar inconstitucional el tope indemnizatorio laboral del art. 39, inc. 1º, de la ley 24.557, el accidente debía ser reparado con base en el art. 1113 del Código Civil. Para así resolver, la Cámara Federal preopinante hizo explícita su duda acerca de la vitalidad de los principios sentados en "Bertinotti" (Fallos 315:2207) (y, en realidad, unos cuantos casos más que recuerdan la Procuradora Fiscal y el voto concurrente de Fayt). El Estado Nacional apeló la sentencia y el recurso extraordinario fue concedido.

2.— El fallo y su enfático dictum

La mayoría de la Corte resolvió confirmar la sentencia apelada, incluyendo la indemnización dispuesta por la Cámara (19). Si éste era el resultado, ¿era necesario pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley federal? ¿Era éste "el" caso para hacerlo? Por las razones que siguen pronto se concluirá que no lo era.

Existen casos extremos, en los que la Corte ha intervenido, aún cuando la cuestión se ha tornado abstracta. Se trata de supuestos semejantes al considerado en Fallos 335:197 (2012) y sus citas, donde la rapidez con que se produce el desenlace hace harto difícil que el caso llegue al Tribunal sin que antes se haya vuelto abstracta la cuestión central (20). Pero esto no era uno de esos casos.

Por otro lado, la Corte, como ella misma nos recuerda, ha sostenido invariablemente que la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio del orden jurídico. De aquí que su jurisprudencia esté poblada de precedentes que eluden este tipo de confrontación si existe una vía alternativa para solucionar el caso. En este supuesto, la sentencia de Cámara había hallado ese sendero.

No obstante, el Tribunal juzgó pertinente pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo legal mencionado. Es decir que, una vez más, nos hallamos frente a un claro obiter dictum: la declaración no era necesaria a los fines de confirmar la sentencia apelada ni ella modificó la reparación obtenida en la instancia anterior.

Aquí me interesa subrayar lo siguiente:

En el presente caso, como anticipé recién, la Corte consideró por propia iniciativa, según nos informa, que el artículo 76, inc. 3º, apart. c), de la ley federal 19.101 es inconstitucional. Sin embargo, no estamos ante "un caso más" de esta saga. Estamos frente al supuesto de declaración de inconstitucionalidad de oficio más extremo ocurrido hasta el presente. Veamos.

En primer lugar, en este recurso el apelante no era el actor. Era el demandado quien recurría y fue la Corte quien originariamente y de oficio descalificó constitucionalmente la norma federal que regía el asunto. Es decir que la respuesta jurisdiccional a la apelación del Estado demandado empeoró su situación, desde que en la instancia anterior esa declaración no había existido. Ergo, la sentencia hace algo parecido a lo que se conoce como *reformatio in pejus*.

Para aminorar ese resultado disvalioso (*reformatio in pejus* en un momento en que el Estado recurrente no podía argumentar en defensa de la validez de la norma), por alguna razón, el tribunal no apeló al mecanismo que fue diseñado para evitar agravios semejantes ante un cambio de jurisprudencia, cuyo empleo se inauguró en el caso "Tellez" (Fallos 308:552), pero que se instrumentó concretamente ante una declaración de inconstitucionalidad en "AFIP v. Intercorp" (Fallos 333:935) y "Rosza" (Fallos 330:2361).

En segundo término, la declaración de invalidez, al ser de oficio, desafía la competencia constitucional y legal de la propia Corte. Pues se puede discutir teóricamente si un tribunal distinto de la Corte puede hacerlo —como intenta parte de la doctrina, propiciando trastocar nuestro sistema por uno a la europea (21), pero, a mi entender, es seguro que la Corte Suprema no puede ejercer esta revisión constitucional, de oficio—.

En efecto, como en el caso el tribunal anterior no había considerado la cuestión constitucional, ésta no integraba los agravios del apelante (y no podía integrarlo nunca porque la norma establecía aquello que el Estado reclamaba). Al no integrar los agravios, la cuestión acerca de la inconstitucionalidad de la ley no era objeto de apelación y, por ello, no se debía ejercer la competencia apelada sobre ese punto. Es decir que carecía de competencia para tratarlo.

Más adelante, en apoyo al "deber de los jueces de efectuar el examen comparativo de las leyes con la Constitución Nacional" (consid. 8º), la Corte cita el precedente de Fallos 23:37. Se trata de la causa "Casado c/ Municipalidad de Rosario". No obstante, no estamos ante un caso de declaración de oficio pues, en ese caso, el actor había pedido expresamente que se declarara la inconstitucionalidad de un impuesto local (22) y la Corte, contrariamente, convalidó la constitucionalidad de la norma.

Seguidamente, en esa línea, añade la cita del caso "Municipalidad c/ Elortondo" (Fallos 33:162), donde sí se había declarado la inconstitucionalidad de la norma que disponía la expropiación de ciertas fracciones de terreno para la construcción de la Avda. de Mayo. No obstante, en este caso, la inconstitucionalidad había sido solicitada expresamente por la demandada, con soporte en el art. 17 de la CN (23).

Más adelante, en el considerando 10, añade con referencia al control de constitucionalidad lo siguiente:

"Que el requisito que ese control fuere efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este Tribunal en 1941 en el caso 'Ganadera Los Lagos' (Fallos 190:142)".

En realidad, el recaudo en cuestión no fue un aditamento pretoriano inaugurado en el caso "Ganadero Los Lagos" (caso en el cual, lo dicho en cuanto al recaudo en cuestión también era obiter dictum). Estamos ante un error que ha pasado inadvertido. Ese recaudo surge del texto expreso de los tres incisos del artículo 14 y del art. 15, ambos de la ley 48. En los apartados mencionados recién, siempre se exige que en el juicio que llega a la Corte por esa vía se haya puesto en cuestión o que esté en disputa ciertas cuestiones relacionadas con la validez (o la interpretación) constitucional de las normas que allí se indican (24) y la jurisprudencia lo requería desde mucho antes. Por ejemplo, en el año 1928 con cita de casos anteriores, dijo el Tribunal:

"Que con arreglo a lo preceptuado por el art. 14 de la ley 48 y por el art. 6º de la ley 4055, sólo podrá deducirse por ante esta Corte Suprema, el recurso extraordinario, cuando en un pleito se haya planteado alguna de las

cuestiones de carácter federal enumeradas en los tres incisos del recordado art. 14 y concurran las demás condiciones que allí se mencionan.

"Que en el desenvolvimiento de este principio de la ley, se ha declarado uniformemente por esta Corte, que la cuestión federal debe ser propuesta a la decisión de los jueces locales en las instancias ordinarias del litigio, antes de la sentencia definitiva; que las cuestiones de constitucionalidad que no se han debatido ante los tribunales ordinarios y se suscitan después del fallo de éstos y con motivo del fallo, no autorizan el recurso del art. 14 de la ley N° 48; que no es bastante a los efectos del recurso extraordinario, la invocación de una cláusula constitucional hecha en el pedido de aclaratoria de una sentencia y que el planteamiento de una cuestión federal debe hacerse en condiciones tales que habiliten al tribunal de última instancia en el orden local, a pronunciarse sobre ella en la sentencia definitiva (Fallos, tomo 23, pág. 249 [1881]; tomo 75, pág. 183 [1898]; tomo 99, pág. 231 [1904]; tomo 104, págs. 1466 y 407 [1906]; tomo 107, pág. 273 [1907]; tomo 110, pág. 95 [1908]; tomo 112, pág. 131 y 168 [1909]; tomo 113, pág. 36 [1909]; tomo 114, pág. 442 [1910], y otros).

"Que no basta, por consiguiente, con que la decisión final desconozca un derecho de carácter federal. A los efectos de la procedencia del recurso es indispensable que ese derecho haya sido invocado por vía de acción o de excepción como punto comprendido en la controversia, pues sólo de esa manera queda introducido en el juicio y puede ser materia de pronunciamiento" (25).

Queda claro pues que la petición de parte es un recaudo exigido por los arts. 14 de la ley 48 y 6° de la ley 4055.

Surge también de este precedente y de todas sus citas, bastante más añosas que "Ganadera Los Lagos", que siempre se consideró que i) la cuestión federal debe ser propuesta a la decisión de los jueces locales en las instancias ordinarias del litigio, por vía de acción o excepción, antes de la sentencia definitiva; y ii) que las cuestiones de constitucionalidad que no se han debatido ante los tribunales ordinarios y se suscitan después del fallo de éstos y con motivo del fallo, no autorizan el recurso del art. 14 de la ley 48.

Es evidente que si alguna vez se hubiera pensado que los jueces eran competentes para pronunciarse "de oficio", estas afirmaciones jamás podrían haber sido reiteradas tan insistentemente.

El art. 15 de la ley 48 también tiene influencia sobre el punto. Hace un tiempo ensayé una breve indagación histórica sobre sus orígenes. Me parece oportuno replotarla aquí. Ella nos proporcionará cuál fue el contexto original en el que surge este recaudo, para lo cual es necesario remontarse brevemente a la sección 25 de la Judiciary Act (26).

En lo que nos interesa, los textos pertinentes dicen:

Art. 15 de la ley 48	Art. 25 de la Judiciary Act
<p>Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución.</p>	<p>Pero, como fundamento revocatorio de la decisión anterior, no se considerará ni se empleará ningún otro error que no sea alguno de los mencionados previamente, tal como aparezca de los autos y se refiera de manera inmediata a las mencionadas cuestiones de validez o de interpretación de la Constitución (*).</p> <p>(*) El texto original decía: "But no other error shall be assigned or regarded as a ground of reversal in any such case as aforesaid, than such as appears from the face of the record, and immediately respects the before mentioned questions of validity or construction of the said constitution...".</p>

En la versión castellana de la sección 25 intencionalmente he respetado la traducción de la expresión from the face of the record por "aparezca de los autos", como dice el art. 15 de la ley 48 (27).

Refiriéndose a esa expresión (from the face of the record), el profesor Hartnett (28) destaca, por un lado, que ella

indicaba qué actos o escritos debían consultarse a los efectos de establecer si la cuestión federal había sido introducida y mantenida oportunamente. Por el otro, que para entonces se entendía que los autos —v.gr., el legajo formado por el recurrente y que recibía el nombre de record— no incluían los fundamentos de la sentencia apelada sino sólo la parte resolutive (29). Agregando, respecto de la frase traducida y transcripta antes, que "La última oración de la § 25 fue diseñada para limitar el poder de la Corte Suprema y para proteger a las sentencias de los tribunales estatales" (30). Según refiere, la "Corte Suprema se rehusó a leer esta cláusula como un requisito que de los autos [from the record] —que incluían la demanda, su contestación, la reconvencción y su contestación, las excepciones [the pleadings] y la parte resolutive de la sentencia estadual [the judgment] pero no sus fundamentos [opinion]— apareciera que el tribunal estadual había interpretado derecho federal pues tal interpretación hubiera transformado a la sección 25 en algo 'totalmente inadecuado para los propósitos que manifiesta tener en mira' y habría podido eludírsela a discreción". Añade que "en tanto de los autos [from the record] surgiera que el recurrente se basaba en una pretensión [claim] o en una defensa de orden federal y que la decisión [the judgment] había sido contraria a esa pretensión o defensa, la Corte tenía competencia para revisar la cuestión. La última oración simplemente impedía que la Corte Suprema ingresara en cuestiones decididas por el tribunal estadual que eran 'totalmente independientes' de la pretensión o defensa federal rechazada" (31).

Queda claro entonces que el pedido de parte interesada no fue una exigencia "pretoriana" surgida a partir del caso "Ganadera Los Lagos", sino que él está expresado en los tres incisos del artículo 14 y en el 15 de la ley 48 y así venía también exigido del modelo estadounidense en el que esas normas se vaciaron.

En conclusión y más allá de otras razones que se ofrecen a favor del examen oficioso y que por falta de tiempo no puedo abarcar, queda claro el énfasis pronunciado que la Corte llegó a imprimirle a este asunto (32).

En adelante y dada la fuerza que la Corte le imprime a su expresión en los aspectos destacados anteriormente, era de esperar, como muchos así vaticinaron, creyendo que "con toda verdad", un control de constitucionalidad de oficio amplio y libre de "ápices procesales frustratorios de los derechos constitucionales" en juego, para decirlo con lenguaje conocido.

Pues bien, no fue así. En el lenguaje empleado en otras porciones del texto también estaba el antídoto.

III. EL CASO "MANSILLA"

a) Antecedentes

Se trataba de un juicio laboral donde debía determinarse la indemnización por despido que correspondía al accionante. En cuanto al cálculo de esta última, en la demanda el actor había expresado cuáles podían ser los límites a imponer a su remuneración, según el art. 245 de la LCT. Según relata la Corte Suprema, el actor dijo que podían ser:

"1º) Los derivados del fallo 'Vizzoti' de esta Corte; 2º) los que surgen de la resolución 1970/2008 —aplicable a los viajantes de comercio— y 3º) los derivados de la resolución 1140/2008 —relativa a los agentes de propaganda médica—. Seguidamente y sobre la base del principio 'in dubio pro operario', el actor efectuó un cálculo de su crédito según la mencionada resolución 1140/2008, por resultar la 'más favorable', entre todas las planteadas (fs. 17 vta.)" (ver considerando 6º, segundo párrafo).

La Cámara del Trabajo, sin que lo pidiera el actor, consideró que el tope indemnizatorio que fija el art. 245 de la LCT era inconstitucional y agregó que aquél debía ser re-categorizado como visitador médico. Como consecuencia de ello y de la re-categorización efectuada, la Sala elevó la indemnización de Mansilla al doble de la fijada en la instancia anterior. La demandada se agravió de esta sentencia. En lo que aquí interesa sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad del tope al monto indemnizatorio previsto en el art. 245 de la LCT, efectuada sin que la parte interesada lo demandara, violentaba su derecho de defensa en juicio (principio de congruencia). Es más, sostuvo que "la demandante, en su escrito de inicio, expresó "que va a indicar el tope indemnizatorio a aplicar" y —enfatisa— "no cualquier tope, sino el tope indemnizatorio en el marco del convenio colectivo 119/1975, de agentes de propaganda médica... (fs. 2228 vta. /2229 y 2233 vta.)", es decir que la sala había fallado extra petita y en contra de lo solicitado expresamente por el actor.

En realidad, la defensa del demandado tenía grandes similitudes con la que en su momento hizo la Provincia de Corrientes en "Mill de Pereyra". La única diferencia relevante palpable consiste en que en "Mansilla" el reclamo del actor literalmente aceptaba, entre varias alternativas, el tope del art. 245 LCT, en los términos del caso "Vizzoti" y optaba por otro modo de cálculo.

b) El fallo

La Corte Suprema juzgó que la declaración de inconstitucionalidad de oficio había consistido en "un claro apartamiento de los términos en que había quedado trabada la litis, lo cual es inconcebible dentro de una racional administración de justicia según clásica definición dada por esta Corte... y reiterada hasta sus pronunciamientos más recientes" (considerando 6º, último párrafo).

Más adelante, refiriéndose al caso "Rodríguez Pereyra", aclaró:

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

Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, la Corte definió más precisamente el agravio. Sostuvo, en concreto, que "la alzada ha venido a conceder algo que el propio interesado había resignado. Ha traspuesto, así, el campo de actuación que le es propio, sustituyéndose en la voluntad de una de las partes, con la consecuente alteración del balance procesal, en detrimento de la contraria (Fallos 331:2578, entre otros)" (considerando 8º).

c) Qué se resolvió en el caso

En las transcripciones anteriores he intentado resaltar pasajes de la sentencia que me han parecido relevantes. Esas porciones, a su vez, pueden servirnos de guía para intuir cuál es la política judicial que subyace a la decisión y en base a ella explicitar la regla (principio, holding, ratio decidendi o doctrina) del caso, esto es, cuál es la proposición de derecho que sirve de soporte a la decisión que se adopta. Sobre el final, la Corte sostuvo, como recordé recién, que "la alzada ha venido a conceder algo que el propio interesado había resignado". Ese "algo" que "el interesado había resignado" era la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad del tope indemnizatorio. De ningún pasaje de esta sentencia (ni del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante) surge que esa resignación haya sido expresa. Esto es, en ningún lado el actor dijo renunciar a pedir la inconstitucionalidad de la norma. Esa renuncia es tácita, desde que sus cálculos indemnizatorios se apoyaron en los topes aludidos. Entonces, al resignar tácitamente la defensa de inconstitucionalidad y apoyar su reclamo en esa norma, su invalidez no podía ser proclamada de oficio por la Cámara.

Si se acepta este razonamiento podríamos decir entonces que la regla del caso dice que un tribunal no puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma cuando el beneficiario de esa declaración apoyó en aquélla su reclamo sin formular reserva alguna.

IV. CONCLUSIÓN

Como ha quedado de manifiesto, el tratamiento judicial de la cuestión que nos ocupa no ha sido lineal. No existe una trayectoria nítida y exenta de inconvenientes. A ello se ha sumado el entusiasmo de los partidarios del control de constitucionalidad de oficio (33), quienes con gran ímpetu creyeron ver en "Banco Comercial de Finanzas" la respuesta a todas las objeciones imaginables, desentendiéndose de los antecedentes del caso y de lo que concretamente se resolvió en él (como cosa diferente de lo que se dijo).

La regla 3.b) de la Acordada 4/2007, sancionada con posterioridad a ese precedente, debilitó la idea del control oficioso. De hecho, es inconciliable. ¿Cómo sancionar al litigante que no planteó previamente una cuestión

federal si ella, según "Banco Comercial de Finanzas", podía ser levantada de oficio por cualquier Tribunal? Para peor, al poco tiempo, en el caso "Oviedo" (Fallos 331:419) la Corte Suprema, prescindiendo del "deber" de controlar de oficio la constitucionalidad de las normas, volvió a reclamar el planteo oportuno de inconstitucionalidad por parte del interesado. Es evidente que exigir este recaudo —imprimiéndole toda su fuerza descalificadora— ponía lógicamente en crisis los dicta de los consids. 3º y 4º de "Banco Comercial de Finanzas". Pues es inconsistente postular en general el control de constitucionalidad de oficio y, al mismo tiempo, rechazar un recurso porque el apelante pidió esa declaración tardíamente.

Más recientemente, en "Rodríguez Pereyra" el asunto renació con inusitada fuerza. Ahora era la Corte Suprema, siempre por mayoría, quien en una apelación extraordinaria, de oficio y originariamente, objetaba la constitucionalidad de una ley federal. Sin embargo, la declaración nuevamente viene con el ropaje de un obiter dictum, desde que ella no modificó el resultado del pleito.

Finalmente, llegamos al caso "Mansilla", donde a mi entender, conforme expuse, se relativiza considerablemente la idea del control de oficio.

En realidad, tengo para mí que el control judicial de constitucionalidad de oficio jamás estuvo en el diseño de nuestro sistema constitucional y por ello es que desde sus orígenes no se aludía sistemáticamente a él. Ese tipo de control era impensable por ese entonces. Ya bastantes problemas traía el control a pedido de parte. Conforme he sostenido en otro lugar (34), al adoptar la Argentina el control de constitucionalidad de las normas conforme el modelo constitucional federal estadounidense (incluyendo el holding y los dicta de "Marbury v. Madison"), la Constitución Nacional vino a ser una norma operativa del ordenamiento jurídico. En otras palabras, los derechos y garantías inalterables (art. 28 de la CN) que la Constitución Nacional consagraba no serían ya meras declaraciones ideales dirigidas exclusivamente a los órganos políticos —concepción constitucional usual para la época— sino que su transgresión podía ser ahora reclamada judicialmente por los individuos contra las autoridades federales o provinciales señaladas como responsables de su violación.

Es decir que, en un sistema tal, la vigencia de esos derechos y garantías no depende de la buena o mala predisposición de las autoridades políticas; esos derechos ya no son concebidos como concesiones graciosas del soberano a sus súbditos. Tampoco están confiadas a la iniciativa de los jueces. A partir de entonces, en proporción importante, serán esos individuos los encargados de la custodia y de la vigencia de sus propios intereses constitucionales. Si a juicio del individuo esos derechos fundamentales eran transgredidos por el poder público, aquél estará revestido de autoridad para exigir judicialmente su respeto del mismo modo que ese individuo hacía cuando consideraba que un derecho propio establecido en una ley estaba siendo violado por un particular. El esquema del derecho privado fue trasladado al derecho público (35). Y los jueces actuaban el control cuando él era solicitado por el interesado. De aquí también la nutrida y diversa jurisprudencia en materia del interés para pedir la declaración de inconstitucionalidad de las leyes (36) y la referida a la introducción del conflicto constitucional o federal, su oportunidad y mantenimiento, conforme surge del caso de "Dolores Parravicini de Solari" y sus citas (supra, apart. II.d.2). Nada de esto habría existido si se hubiera pensado que los jueces se hallaban en el deber de practicar este control, de oficio.

En este esquema, un rol decisivo jugará también el poder judicial nacional y los poderes judiciales provinciales, pero no porque podían controlar la constitucionalidad de las normas sin que una parte interesada se los pidiera sino porque los magistrados serán los encargados finales de dar respuesta a las demandas de esos individuos y hacer las interpretaciones constitucionales que sea menester para resolver el litigio, algo absolutamente novedoso por ese entonces.

En efecto, en lo que al orden federal interesa y a fin de operativizar ese control judicial eficaz, la ley 48 invistió a los jueces de primera instancia (o jueces de sección, como los llama) de competencia general para conocer de las causas "que sean especialmente regidas por la Constitución nacional, las leyes que haya sancionado y sancionare el Congreso y los tratados públicos con naciones extranjeras" (artículo 2º, inciso 1º) a las que aludía el art. 116 de la CN (antes 100) (37). Y, en lo que hace a la intervención por apelación de la Corte Suprema, como sostuve más arriba (38), por los arts. 14 y 15 la ley exigió que los conflictos normativos que allí menciona hayan sido puestos en cuestión anteriormente, frente a los tribunales de provincia.

Por razón de espacio y tiempo, dejo para un trabajo posterior las apelaciones que se hacen al sistema interamericano y a decisiones de la Corte IDH. Adelanto, desde ya que la ley de reforma constitucional del año 1994, que permitió la incorporación de los instrumentos mencionados en el art. 75, inc. 22, de la CN, no incluía la reforma del sistema impugnatorio de leyes con sustento en la Constitución Nacional. Mucho menos incluyó el auto-proclamado poder vinculante de las decisiones de la CIDH, lo que carece de toda base normativa o la superioridad de los Tratados por sobre la CN. Sobre estas cuestiones, en general, comulgo con la visión expuesta por Badeni (39), pero ya tendré oportunidad de analizar el tema pormenorizadamente.

Llegado a este punto debo ser enteramente franco con el lector: pienso que el sistema propuesto por parte de la doctrina y propiciado por algunos precedentes no es una manifestación cabal de nuestro sistema constitucional federal. Creo que algunas excepciones a la regla general pueden ser admisibles, como indiqué anteriormente.

No obstante, más allá del interés teórico que merece la cuestión, gran parte de los argumentos encaminados a negar a los jueces el deber de controlar, sin petición de parte, la constitucionalidad de una norma dirimente podría solucionarse muy fácilmente con una herramienta procesal básica: bastaría un traslado a las partes para que argumenten lo que consideren pertinente con relación a su validez constitucional. Tengo para mí que, en cualquier caso, no dar siquiera ese pequeño paso importa una flagrante violación del derecho de defensa de la parte perjudicada por la iniciativa judicial al tiempo que evidencia que se está actuando sin competencia, con demasiado interés propio en la declaración y en contra de lo dispuesto en la ley.

Ese simple mecanismo, su oportunidad y alcance depende de los ordenamientos procesales y de las constituciones locales. Son estos instrumentos los que determinan los deberes y atribuciones de los jueces.

Por último, por las razones expuestas considero que, en términos generales, en el orden federal ese traslado podría disponerse en primera instancia. Sería más opinable si se lo hiciera en Cámara, puesto que ella estaría introduciendo una cuestión que no fue resuelta en la instancia anterior y, por tanto, no sería materia de apelación. No obstante, reconozco que podrían existir argumentos para admitirlo. Pero por muy tolerable que me resulte, en términos generales, ese traslado no puede disponerse por vez primera en el caso la Corte Suprema. Si vivimos bajo el imperio de la ley, los artículos 14 y 15 de la ley 48 y la jurisprudencia citada se lo vedan expresamente. El sistema, a esa altura, no tolera siquiera este pequeño paso.

(1) Luis Lozano piensa que en este caso existe mayoría de seis Ministros en favor de la posición bajo análisis. Ver La declaración de inconstitucionalidad de oficio, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2004, p. 23.

(2) Ídem, pág. 3120.

(3) La porción destacada en bastardilla es una síntesis de los considerandos 8° y 9° de Fallos 320:1386, 1390, 1391 (1997), "Banco Sidesa S.A."

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

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

(6) Controversia sobre el control de constitucionalidad de oficio, JA 2008-II-1404, Lexis nro. 0003/013793.

(7) Ver, entre otros, Berardi, Fabiana B., "De la articulación de la cuestión federal en tiempos de control de oficio", JA 2005-III-446: "La Corte Suprema de Justicia se pronunció recientemente en la causa 'Banco Comercial Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra' a favor del control de constitucionalidad de oficio de las leyes... dejándose atrás la tesis contraria que desde la causa 'Los Lagos' —por sesenta años— primó en la jurisprudencia del máximo tribunal". Drake, Carlos E. A., "Control oficio de constitucionalidad", LNBA 2006-1-26, párrafo II.C: "puede decirse que el decisorio aludido en este párrafo se le ha dado cabida a través de nuestro Supremo Tribunal, al mecanismo de la inconstitucionalidad de oficio permitiendo a los judicantes abordar esta cuestión sin reclamo de parte". Carnota, Walter, "La Fundamentación de la inconstitucionalidad de oficio", LL 2005-A-67: "Si a la época de esos pronunciamientos [anteriores a 'Banco Comercial de Finanzas'] había algún margen de duda, el mismo ha quedado a nuestro criterio totalmente disipado con el dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la sentencia recaída in re 'Banco Comercial de Finanzas' el 19 de agosto de 2004... la discusión aparece de arqueología jurídica, en atención a los contundentes argumentos vertidos por la mayoría en esta última decisión, en los considerandos tercero y cuarto". Otro autor, Fernández, Leandro, "Nuevos horizontes en el control de constitucionalidad", LL 2005-C-482, en especial, ps. 482 y 484-485, se pronuncia con firmeza con apoyo en lo resuelto en un caso anterior, v.gr., "Mill de Pereyra", Fallos 324:3219 (2001), a pesar de que allí no existía mayoría de jueces que se pronunciaran en favor del control de constitucionalidad de oficio. Sostiene: "En cuanto la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio... [h]oy, la jurisprudencia ha convalidado esa atribución, encontrándose los jueces facultados a ejercerla de oficio sin que ello atente contra el principio de división de poderes, resultando legítimo el control de constitucionalidad en sí mismo y careciendo de sentido sostener que no se produce un avance indebido del Poder Judicial cuando media petición de parte y sí, en cambio, cuando no la hay".

(8) A título ilustrativo, recuérdese cómo lo dicho en "Bazterrica", Fallos 308:1398 (1986) (JA 1986-IV-209), en

el sentido de que "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 (1988) (JA 1989-II-507), "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).

(9) Me refiero a "Banco Sidesa S.A.", Fallos 320:1386. 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, a saber: Fallos 310:2200 (1987), "Santiago F. Llaver y otra", y Fallos 316:562 (1993), "Manquillán S.A." (JA 1993-II-713). 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.

(10) Fallos 33:162, 196, "Municipalidad de la Capital v. Elortondo" (1888), considerando 26. 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. "Un dictum nada resuelve, ni siquiera para la Corte que lo expresa", "Jama v. Immigration and Customs Enforcement", 543 US 335 (2005) (nota de pie de página 12).

(11) Para ampliar estas nociones puede acudir a Cueto Rúa, Julio C., *El common law. Su estructura normativa. Su enseñanza*, La Ley, Bs. As., 1957, cap. IV.III; Garay, Alberto F., *El precedente judicial en la Corte Suprema*, AbeledoPerrot, Bs. As., 2013, cap. IV.

(12) Ver también Lozano, Luis F., *La declaración de inconstitucionalidad... cit.*, p. 153, acápite 14.1.

(13) Monaghan, Henry P., "Constitutional Adjudication: The Who and When", 82 *Yale Law Journal* 1363, 1366 (1973). Ver también Bickel, Alexander M., *The least Dangerous Branch*, 2nd. Ed., Yale University Press, 1986, pág. 111; Gunther, Gerald, "The Subtle Vices of the 'Passive Virtues'. A Comment on Principle and Expediency In Judicial Review", 64 *Columbia Law Review* 1 (1964); y Posner, Richard, *The Federal Courts. Challenge and Reform*, Harvard University Press, 1996, pág. 43.

(14) Esta formulación ya contiene ciertas prudentes generalizaciones. Se habla, por ejemplo, de "un tribunal inferior (en sentido lato)" (y no de la Suprema Corte de Bs. As. ni de la Cámara de Apelaciones que intervino previamente), de declaración de inconstitucionalidad "de una norma" (y no exclusivamente de un decreto del PEN) y cuando pre-existe jurisprudencia de la Corte en igual sentido (independientemente de que sea uno o más casos). La adecuación o la justeza de estas generalizaciones serán probadas en oportunidad de decidirse un caso futuro. Tampoco someto a prueba dicha excepción con respecto a si la posibilidad de los jueces de actuar oficiosamente cuando está en juego, según ellos, la Constitución Nacional, es una regla por el derecho procesal local o por el derecho procesal o sustantivo federal.

(15) Se puede ampliar esta noción en Shavell, Steven, "The Appeals Process and Adjudicator Incentives, 35 *The Journal of Legal Studies* 1 (2006) [HYPERLINK \(http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/Appeals%20Adjudicator%20Incentives.pdf\)](http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/Appeals%20Adjudicator%20Incentives.pdf).

(16) Fallos 53:420 (1893), "Cullen v. Llerena", cit. supra en nota 1, pág. 19.

(17) La Corte Suprema norteamericana, en general, se niega a considerar cualquier recurso cuya cuestión federal no haya sido introducida, previamente, ante el tribunal estadual (ver "Howell v. Mississippi", 543 US 440 [2005]; "Adams v. Robertson", 520 US 83, 86 [per curiam]; "Illinois v. Gates", 462 US 213, 218 [1983]).

Este criterio jurisprudencial se remonta a "Crowell v. Randell", 10 Pet. 368 (1836), y "Owings v. Norwood's Lessee", 5 Cranch 344 (1809), casos en los que estaba en juego la interpretación de la Judiciary Act de 1879. Ver también "Williams v. Zbaraz", 448 U.C. 358, 367 (1980) (rechaza 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.

(18) En "Oviedo v. Marcone", 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".

(19) "Que de lo expuesto surge que el monto de la 'indemnización' al que se arriba al aplicar los parámetros del sistema fijado por el régimen especial no repara integralmente el daños sufrido por el actor, circunstancia que sí se da en la sentencia apelada que se sustenta en el derecho común, en el que no sólo se tiene en cuenta el resarcimiento del perjuicio moral que el sistema especial no contempla, sino también otras pautas que exceden la mera incapacidad, tales como las consideradas por los jueces de la causa: el daño patrimonial comprensivo del lucro cesante, la pérdida de integridad física y el daño estético, teniendo en cuenta a su vez la gravedad de los hechos, la incidencia en los múltiples ámbitos en que el sujeto proyecta su personalidad, la condición económico-social, el sexo, la edad, el estado civil y la expectativa de vida económicamente útil".

(20) Como se dijo en el caso "F., A. L.", citado más arriba: "En efecto, como lo ha subrayado el Tribunal en distintos precedentes, la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. Fallos 310:819, considerandos 6° y 7° del voto de la mayoría y de la disidencia, y sus citas; 324:5, 4061)".

(21) Lozano, La declaración de inconstitucionalidad..., cit., ps. 89 a 111, trae el mejor análisis sobre el punto.

(22) Fallos 23:37, 38: "atribuyendo [el actor] para así solicitarlo, el carácter de inconstitucional a ese cobro y a la ordenanza que lo autoriza".

(23) Según relató el juez Federal en su sentencia, Fallos 33:162, 163: "Que las objeciones opuestas a la expropiación, solicitada por la Intendencia Municipal, de toda la propiedad de la Sra. de Elortondo, se reducen a que la ley del 4/11/1884 no autoriza la expropiación de las propiedades sino en la parte que tenga que ocupar la Av. de Mayo, cuya construcción ha sido declarada de utilidad pública; que la ley del 13/9/1866, a que se refiere la anteriormente citada de 1884, sólo permite la ocupación de los bienes provinciales y de propiedad particular indispensables para la construcción de las obras, cuya utilidad pública ha sido previamente declarada por una ley; y finalmente, que si las citadas leyes comprendiesen en sus términos la facultad de expropiar bienes que no han de ser ocupados por la obra en cuestión y cuya apropiación se hace con el confesado propósito de obtener por su enajenación un provecho en favor de la Municipalidad, serían inconstitucionales como contrarias al principio de la inviolabilidad de la propiedad, consagrado por el art. 17 de la Carta Fundamental" (énfasis agregado).

(24) Art. 14: "...sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los superiores tribunales de la causa, en los siguientes casos:"1°. Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado... y la decisión haya sido contra su validez."2°. Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión... y la decisión haya sido a favor de la validez de la ley ... de provincia."3°. Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución... haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título... que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio".Art. 15: "Cuando se estable el recurso de apelación... de tal modo que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa...".

(25) "Dolores Parravicini de Solari y otra en los autos seguidos por don Carlos Repetto y otros contra la sucesión de Jacobo Parravicini, sobre nulidad de testamento", Fallos 147:371, 374 (1928).

(26) Ver Garay, Alberto F., *Cómo interponer un recurso extraordinario federal y su queja* (A partir de la Acordada 4/2007 CSJN), AbeledoPerrot, Bs. As., 2010, p. 122 y ss.

(27) En cuanto a esa expresión, Imaz y Rey la tradujeron como que "aparezca de la letra del expediente" (Imaz, Esteban y Rey, Ricardo E., *El recurso...*, cit., 2000, p. 244). Tanto "expediente" como "autos" son expresiones equívocas pues, como se verá, la noción de "expediente" que existe en nuestro medio es diferente de la que existía en Estados Unidos para esa época (en realidad, también es diferente de lo que significa hoy día, pero esto es harina de otro costal).

(28) Hartnett, Edward, "Why is the Supreme Court of the United States Protecting State Judges From Popular Democracy", *Texas Law Review*, nro. 75, 1997, p. 907.

(29) En apoyo a tal comprensión, en la nota a pie de página 82 el autor cita el caso "Gibson v. Chouteau", 75 US (8 Wall.) 314, 317-318 (1868), donde el Alto Tribunal federal sostuvo: "Esta Corte ha decidido, en el caso de 'Rector v. Ashley', 6 Wall. 142, 18 L. ed. 733, siguiendo 'Williams v. Norris', 12 Wheat. 117, que no se puede recurrir a la opinión del tribunal apelado a fin de demostrar que una cuestión federal fue sometida al tribunal estadual".

(30) Nota a pie de página 83.

(31) Ídem, ps. 922-923. Recuerda el autor la ironía que encierra el caso "Martin v. Hunter's Lessee", 14 US (1 Wheat.) 304, 357 (1816). Sostiene, con apoyo en Gerald Gunther (*Constitutional Law*, 12ª ed., 1991, nro. 5, p. 55), que si la limitación de acudir a los fundamentos de la sentencia apelada —según como se entendía la expresión from the face of the record contenida en la sección 25 recién transcripta— no hubiera existido, posiblemente la Corte no hubiera revocado esa decisión y se hubiera evitado el alzamiento del Superior Tribunal de Virginia contra su sentencia.

(32) Entre esas otras razones a favor del control oficioso debo mencionar el principio "iura novit curia" pero creo que los obstáculos opuestos a su empleo en este contexto por el voto de Moliné O'Connor en "Mill de Pereyra" (consid. 12) y los argumentos de Lozano (*La declaración...*, cit., ps. 32 a 52) son por demás convincentes.

(33) Ver autores citados supra nota 7.

(34) "El recurso extraordinario y la vindicación de los derechos constitucionales y federales", en *Tratado de los Derechos Constitucionales*, dirigido por Julio César Rivera (h.) y otros, t. III, AbeledoPerrot, Bs. As., ps. 981 y 982.

(35) La Corte, refiriéndose a las cuestiones políticas y con cita de numerosos precedentes de su par estadounidense, aludió a este enfoque iusprivatista en el afamado "Cullen v. Llerena", Fallos 53:420, 433 (1893), en los siguientes términos: "El doctor Cullen demanda ante esta Suprema Corte precisamente una decisión igual a la denegada en términos tan explícitos en la sentencia precedentemente citada: no trae a discusión una contienda entre partes por derechos individuales de particulares o del Estado mismo, vulnerados por la ejecución de una ley del Congreso y que se encuentren protegidos por la Constitución directamente...". El caso citado era "Georgia v. Stanton" (6 Wallace 50, 1868) y es precisamente este caso el que inclina al Prof. Monaghan y a parte de la doctrina constitucional estadounidense a destacar esta visión iusprivatista (Monaghan, Henry P., "Constitutional Adjudication: 'The Who and When'", *Yale Law Journal*, vol. 82, núm. 7, ps. 1363, 1368, nota de pie de página 28. En la página 1365 expresa: "En parte importante, Marbury decidió que el poder de explicar la Constitución era algo incidental dentro de la obligación de la Corte de decidir un caso o una controversia en particular. Así, los litigios constitucionales fueron vistos esencialmente como que no diferían de cualquier otro proceso. Que la Constitución fuera a ser aplicada por los tribunales para resolver las disputas entre los litigantes como una 'ley ordinaria' fue un avance notable, rechazando de plano como lo hizo la noción de que el documento solamente establecía reglas políticas que estaban más allá de la competencia de los tribunales").

(36) Sobre dicha jurisprudencia puede consultarse "El interés para pedir la declaración de inconstitucionalidad de las normas y la invocación del derecho de terceros", LL 1989-D-822.

(37) En realidad, a través de este artículo el Congreso no confirió a los tribunales federales toda la competencia que otorga el art. 116 de la CN sino que calificó las cuestiones allí mencionadas con la expresión "especialmente", que no figura en el texto constitucional.

(38) Ver supra, apart. II.d.2.

(39) Badeni, Gregorio, Manual de Derecho Constitucional, La Ley, Bs. As., ps. 169 y ss.