

La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio

La CSJN tenía declarada su potestad de proceder a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, sin causa concreta, en defensa de sus propias atribuciones.¹ Ello traía inconsistencia con su clásica negativa a pronunciar la declaración de inconstitucionalidad de oficio² o permitirla en casos concretos, aún existiendo causa litigiosa actual. La crítica doctrinaria fue reiterada.³

La CSJN debió ir progresivamente cediendo su posición y afirmar también la potestad y el deber de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de oficio en los casos concretos.⁴ En una primera etapa insistió todavía excesivamente en que esto era la última ratio⁵ y requería ciertas condiciones de excepcionalidad.⁶

¹ Ver BIANCHI, Alberto B., "Puede la Corte Suprema ejercer control de constitucionalidad por vía de Acordada?", LA LEY, 2001-B, 112. Es curioso que ese precedente fue desconocido en el juicio político en que se removió a un juez de la Corte por no defender los intereses del Estado, como cierta ley pretendía -a juicio de la Corte- de manera inconstitucional. Obviamente la función de la justicia no es "defender los intereses del Estado" sino hacer justicia.

² Ver GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", 1ª reimpr. de la 2ª ed., comentario al art. 116, § 6, La Ley, Buenos Aires, 2004; "Declaración de inconstitucionalidad de oficio", ps. 816-7.

³ GELLI, op. cit., § 6, ps. 814-8. Ver un balance de la doctrina en BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad", t. 1, 2ª, Ed. Buenos Aires, Ed. Abaco, 2002. Ver también SAGÜES, Néstor Pedro, "El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en Argentina: Prohibición, facultad o deber", ED, 1997-D, 714 y sus referencias; BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de la Constitución reformada", t. III, p. 336, Ed. Ediar, Buenos Aires; del mismo autor, "¿Y el 'iura novit curia'?", LA LEY, 2004-C, 274; LOPEZ, Guillermo A. F., "El control de constitucionalidad de oficio," LA LEY, 2002-F, 1278; GOMEZ, Claudio D., "Control de constitucionalidad de oficio en la C. S. J. N.," LA LEY, 2003-A, 230; BAZAN, Víctor, "Derecho Penal Tributario, test de razonabilidad y declaración de inconstitucionalidad de oficio," LA LEY, 2001-C, 792; BESTARD, Ana María, "El caso 'Mill de Pereyra' y la declaración de inconstitucionalidad de oficio," LA LEY, 2001-F, 886. La lista es mucho más extensa y nos incluye: Tratado de derecho administrativo, t. 3, El acto administrativo, Buenos Aires, FDA, 2004, 8ª ed., § 8.1, "El sistemático incumplimiento de la Constitución", en el cap. Introducción, ps. 10-12, donde se encuentran algunas referencias más, y también en el § 8.2, ps. 12-13. Es parte de lo que Mairal llamó "La degradación del orden jurídico", en SCHEIBLER, Guillermo (dir.), "El derecho administrativo de la emergencia, IV", (en preparación).

⁴ Es, otra vez, una forma de ponerse en sintonía con lo que la sociedad civil señala. Ya lo hemos observado de otros tribunales y es importante que los ciudadanos tomemos conciencia de ello, para ejercer más insistentemente nuestro deber republicano de criticar los actos públicos, para que cambien. Ver nuestra nota "La sociedad civil vs. el poder político", nota al fallo de la SCJBA (Corte de Conjuces), Flores, LA LEY, 2003-E, 263.

⁵ Hemos dicho que esto era absurdo pues se trata de una simple prelación de orden normativo, que nada de excepcional ha de tener en el orden jurídico. Por cierto, la objeción es antigua, tanto como la persistencia de la Corte en sostener lo contrario. Era parte de lo que Mairal llamó "La degradación del derecho público argentino", en SCHEIBLER (dir.), op. cit.

⁶ Ver el análisis que efectúa PRIERI BELMONTE, Daniel A., en "La declaración de inconstitucionalidad de oficio", RAP Bs. As., 2003-I-8, ps. 31-40, especialmente p. 40 y sus referencias. Allí se recuerda el criterio de que la inconstitucionalidad debe ser "manifiesta", lo cual nos ha hecho decir, también hace tiempo, que el tribunal ve o no la inconstitucionalidad, eso es todo. Ver nuestro artículo "Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución nacional", LA LEY, 1995-E, 988; reproducido, con modificaciones, bajo el título "Los amparos de los artículos 43 y

Con el fallo ahora dictado en "*Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra*" 19 de agosto de 2004, en la nueva composición de la Corte sólo su actual presidente -anterior minoría en el punto- no adhiere al criterio ahora mayoritario, pero tampoco lo contraviene expresamente, al hallar una solución que torna innecesario pronunciarse al respecto.

En este fallo la Corte hace también hincapié en que una norma declarada inconstitucional por ella, no puede ser aplicada por un tribunal inferior sin una explicación de qué razones le llevan a una diferente conclusión en el caso. Con ello se aproxima, sin citarla, a la ley 24.463 (Adla, LV-C, 2913) cuyo art. 19 expresa que "Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas" que no es otro que el camino de la extensión *erga omnes* de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.⁷ No pensamos, en cambio, que pueda predicarse lo mismo de las sentencias que declaran la constitucionalidad de la norma, pues eso depende siempre y necesariamente del juego fáctico de cada caso concreto. No es generalizable. Sí lo es la inconstitucionalidad, materia en que el efecto *erga omnes* es parte del indispensable camino hacia poner la justicia más a tono con el art. 43 de la Constitución y los pactos internacionales, con efectos sin duda benéficos al multiplicar los efectos de la tarea útil de los jueces.⁸

Es interesante anotar, asimismo, que a pesar de la insistencia del tribunal en que esto es cuestión de derecho, no de hecho, no puede evitar referirse a los hechos, lo cual resulta evidente en el voto disidente del Presidente. No puede declararse la inconstitucionalidad por arbitrariedad, desproporción, desviación de poder, etc., sin una indispensable fundamentación fáctica.⁹ El voto en disidencia del Presidente de la CSJN enfatiza que el tribunal *ad quem* incurrió en arbitrariedad al no ponderar las circunstancias y alegaciones de las partes sobre la certificación contable, elaborada por la sindicatura del B.C.R.A. sobre los libros contables del Banco (cons. 5°), y sin dar fundamento alguno sobre la existencia misma de la acreencia del B.C.R.A. (cons. 6°). Cabe destacar que esta arbitrariedad de sentencia es la que lleva al voto disidente a resolver que no "sea necesario el tratamiento de los restantes agravios del apelante" (sobre la declaración de oficio de la inconstitucionalidad), lo cual permite inferir que su posición en la materia principal también está siendo realizada.

75 inc. 22 de la Constitución", como cap. IX de la segunda edición del libro Derechos Humanos, Buenos Aires, 1996, y cap. XII de la 4ª ed., 1999; igualmente reproducido en ABREGU, Martín y COURTIS, Christian (Compiladores), "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", p. 201 y sigtes., CELS, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1997.

⁷ Como ya hiciera "in re": Monges c. UBA, Fallos: 319-3, 148 (LA LEY, 1997-C, 150). Lo hemos comentado favorablemente en "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia", LA LEY, 1997-F, 1318; reproducido, con modificaciones, bajo el título "Los grandes fallos de la actualidad", en la 2° ed. del libro Después de la Reforma del Estado, 1998.

⁸ Repetimos así las palabras escritas dentro del capítulo XIV, "Problemas del acceso a la Justicia," dentro del t. 2, 6ª ed., "La defensa del usuario y del administrado", FDA, Buenos Aires, 2003.

⁹ Lo hemos explicado en diversos lugares, por ejemplo "Introducción al derecho", edición digital en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar; lo mismo en nuestro "Tratado de derecho administrativo", t. 1, 8ª ed., cap. I, Parte general, FDA, Buenos Aires, 2003; "El método en derecho", Madrid, Civitas, 1988 y reimpressiones.

Finalmente, y como cuestión de técnica de redacción del fallo¹⁰ cabe también felicitar al tribunal por un pronunciamiento conciso y claro tanto en mayoría como disidencia: ayuda a comprender y ahorra tiempo de lectura.¹¹ Se inscribe en la mejor tendencia de fallos breves y orientadores, como *Giroldi*¹² *Arce*¹³ o *Priebke*.¹⁴

Queda como interrogante si la primacía de la Constitución en el orden interno, que así resulta, se seguirá combinando adecuadamente con el necesario acatamiento y aplicación judicial de los tratados internacionales y las decisiones de sus órganos de aplicación.¹⁵ El punto es fundamental, existiendo 57 tratados bilaterales de promoción de inversiones extranjeras¹⁶ no denunciados hasta la fecha pero que también deben ser respetados, a fin de no retrotraer al país hacia el apartamiento de la comunidad internacional. Una sombra de sospecha parece amenazar desde *Cartellone c. Hidronor*¹⁷ en que se privilegia la Constitución por sobre el voluntario sometimiento a un

¹⁰ Tema que hemos tratado en "Cómo leer una sentencia", Actualidad en el Derecho Público, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, 2001; reproducido en Revista Universitaria La Ley, ps. 9-21, año III, N° 4, agosto de 2001; también reproducido como cap. V del libro Introducción al derecho, edición como e-book gratuito en www.gordillo.com, www.gordillo.com.ar; versión en inglés An Introduction to Law, versión francesa como Une introduction au droit, ambas con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Director del Centro Europeo de Derecho Público, Esperia, Londres, 2003.

¹¹ Lo hemos dicho reiteradamente, por ejemplo en "Ninguna clase de hombres...", LA LEY, 1995-D, 718, nota al fallo de la CSJN en Horvath, reproducida en Cien notas de Agustín, ps. 51-56, FDA, Buenos Aires, 1999.

¹² LA LEY, 1995-D, 462. Nuestra nota "La justicia nacional y su articulación con la justicia supranacional", p. 23 y sigtes., Cuadernos de Fundejus, año 3, N° 3, Buenos Aires, 1995; reproducida en el libro Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real, p. 265 y sigtes., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996; reproducida, con variantes, en "La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales", nota al fallo Giroldi, p. 151 y sigtes., en la revista Régimen Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 215, 1996.

¹³ LA LEY, 1997-F, 696, con nuestra nota "Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado".

¹⁴ Fallos, 318: 3208.

¹⁵ Los citados Giroldi, Arce, Priebke, etc.

¹⁶ Ampliar en el t. 2. "La defensa del usuario y del administrado", cap. XVIII, 6ª, ed., FDA, Buenos Aires, 2003; "El arbitraje administrativo internacional," GONZALEZ CAMPAÑA, Germán, "La rescisión y modificación unilateral de los contratos administrativos frente a los tribunales arbitrales del CIADI," en GORDILLO, Agustín (dir.), "El Contrato Administrativo en la Actualidad", ps. 159-69, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2004, Suplemento Especial, TAWIL, Guido Santiago, "Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos 'Vivendi,' 'Wena' y 'Maffezini'", LA LEY, 2003-A, 914; del mismo autor "Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional," LA LEY, 2000-D, 1106; PANELO, Santiago, "La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los Tratados Bilaterales de Inversión, " LA LEY, 2003-E, 1482.

¹⁷ CSJN, "Cartellone c. Hidronor", 1° de junio de 2004 (LA LEY, 2004/08/06, p. 6), con nota de GONZALEZ CAMPAÑA, Germán, "La desnaturalización del arbitraje administrativo," LA LEY, 2004/08/27, p. 8. Alaba el fallo GIL DOMINGUEZ, Andrés, "El caso 'Cartellone c. Hidronor': La Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales" LA LEY, 2004/08/23, p. 3.

régimen, a la inversa de lo resuelto en *Cabrera*¹⁸ pocos días después. La prohibición de las voltefases y el deber de coherencia también se aplica a los órganos jurisdiccionales.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

¹⁸ CSJN, "Cabrera", 13 de julio de 2004, con nota de PEREZ HUALDE, Alejandro "'Cabrera': una advertencia política" y de MORA, Roberto Daniel, "Crónica de una muerte anunciada (a propósito del caso 'Cabrera')," ambas en LA LEY, 2004/08/27, p. 6. Ver también las notas de GIL DOMINGUEZ Andrés; LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P.; MANILI Pablo Luis, en Sup. Especial La Ley, 2004/07/13, ps. 5, 9, 11; BIDART CAMPOS, Germán J., LA LEY, Sup. Const, 2004/08/02, p. 24; DESCALZI, José P., LA LEY, 2004/08/03, p. 5.