

# **XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal.**

**Tema 3: El rol del juez en la actualidad.**

## **LÍMITES A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO.**

**XXIX CNDP, Santiago del Estero 2017.**

**Tema 3: El rol del juez en la actualidad.**

**Ponencia: Límites a la declaración de inconstitucionalidad de oficio.**

**Autor: Leandro K. SAFI.**

**Dir.: 481 n° 2483, City Bell, Buenos Aires.**

**Tel: 0221-472-2666 ó 0221-15-465-2308**

**Mail: [leandrosafi@hotmail.com](mailto:leandrosafi@hotmail.com)**

**Fecha: 30/06/2017.**

## **Límites a la declaración de inconstitucionalidad de oficio.**

SUMARIO: I- Introducción. II- Reivindicación de lo normativo. III- El control constitucional de oficio. IV- Límites al control constitucional de oficio. V- Conclusiones.

### **I- Introducción.**

Dentro del bloque temático que este nuevo CNDP dedica a la cuestión de *“El rol del juez en la actualidad”*, y en el marco de las mayores atribuciones que la corriente del activismo judicial ha venido reivindicando en favor del órgano jurisdiccional, consideramos oportuno presentar algún aporte crítico en torno a los alcances del tema y señalar la necesidad del establecimiento de ciertos límites, especialmente en lo tocante a uno de los aspectos decisivos del referido activismo como es el relativo *al control de constitucionalidad de las leyes de oficio*.

Sin desconocer las bondades que supone el ejercicio “activo” de la función judicial, en especial frente a conflictos sensibles que comprometen el interés general (y que exigen de una tutela diferenciada), consideramos necesario presentar algunos reparos respecto de ciertas manifestaciones excesivas del referido “activismo” judicial, cuyo funcionamiento desmesurado puede llegar a provocar desbordes normativos seriamente cuestionables desde el punto de vista del debido proceso y el derecho de defensa en juicio (cfr. art. 18 CN).

Cierto es que dentro de los “*estereotipos*” que la doctrina clásica utilizó para describir las distintas versiones de juez (*espectador, director y dictador*)<sup>1</sup>, en función de la inclinación dispositiva o inquisitiva de su labor, según los intereses involucrados, existiría consenso en aceptar la superación del modelo de juez pasivo (espectador), para dar paso a una figura de juez más activo (director), que, sin demagogias ni paternalismos, se involucra desde el inicio del pleito en la gestión del proceso, para lograr la más justa y adecuada resolución del conflicto<sup>2</sup>.

Empero, salvada esa tendencia, y frente al riesgo pendular de caer en los extremos, se impone repensar algunos límites a fin de que el referido activismo también encuentre su quicio, evitando el peligro de un desborde inquisitivo<sup>3</sup>; asumiendo en lo que aquí interesa al tema del control constitucional de oficio.

### **II- Reivindicación de lo normativo.**

Antes de comenzar con el tema introducido, consideramos importante llamar la atención sobre un presupuesto esencial para todo establecimiento de límites, como es la reivindicación del principio de legalidad y el apego normativo.

---

<sup>1</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Cuestiones de terminología procesal”, UNAM, 1972, ps. 204/205.

<sup>2</sup> La propia CSJN ha reconocido –si bien en casos sensibles– el ejercicio más intenso de la función judicial diciendo *“no puede desconocerse que... en estos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador”* (Fallos 329:3493)

<sup>3</sup> De hecho la propia CSJN se ocupó de señalar –aún en casos sensibles– la necesidad de respetar los límites haciendo ver que el activismo judicial no podía atentar contra la legalidad, congruencia, debido proceso y defensa en juicio, no pudiendo convertirse al proceso en una actuación anárquica (Fallos 330:1158).

Sería imposible la convivencia ordenada, así como la resolución racional de los conflictos si no se dispusiera de parámetros normativos en base a los cuales poder dirimirlos. Como se dijo desde antiguo, sería muy difícil discernir con justicia quién tiene la razón en un pleito<sup>4</sup>, si no se contara con un marco de referencia previsible y predispuesto para hacerlo, que sirviera de guía para el entendimiento, achicando discrecionalidades, preanunciando criterios de distribución en justicia (*ex antes*), disciplinando las decisiones judiciales en función de esos criterios (*in itinere*), y permitiendo el control posterior entre lo normado y lo resuelto (*ex post*).

A partir de allí, y encontrándose jurídicamente predispuesto el marco normativo en base al cual regir las conductas y dar la razón en los pleitos, parece claro que no debiera resultar sencillo alterar esas reglas de juego, habiéndose reconocido que su quiebre va “*en desmedro de la seguridad jurídica*” (Fallos 306:655), y que su cambio sorpresivo viola el derecho de defensa, pues “*Las partes deben conocer de antemano las reglas de juego... a las que atenerse ... (siendo que)...El proceso judicial no puede ser un ‘juego de sorpresas’...*” (Fallos 337:1361)<sup>5</sup>.

Si bien es cierto que en estos tiempos de modernidad líquida se tiene menos ataduras a los marcos normativos, no puede ocurrir –como dice la doctrina– que cada persona se sienta legislador y juez de sus propios asuntos, llegando al extremo de que también “*el juez... redacta su propio código de normas ad hoc... mientras desarrolla el juicio...(con riesgo de falta de)...normas universalmente vinculantes a las que todos los juzgados... estén obligados a remitirse o a las que puedan recurrir como fuente creíble de autoridad...(ocurriendo que)... lo que es justo en un juzgado... puede ser rechazado en otro como tergiversación de la justicia*”<sup>6</sup>.

De modo que –más allá de todo activismo– debe reafirmarse la importancia del apego a la ley, como fuente primaria y vinculante para la solución de los pleitos, no por resultar aquella una panacea axiológica insuperable, sino por ser la forma de organización racional y controlable de las decisiones judiciales. Esto no pretende reinstalar un positivismo ciego (*legalismo*), ni descartar posibles excepciones a las reglas, pero sí evitar la tendencia al desapego normativo (*axiologista*), instando a fijar límites dentro de los cuales se pueda justificar un apartamiento.

Pero antes de avanzar, conviene despejar aún más las cuestiones ideológicas que suele mezclarse en este tema. Con algún grado de simplificación lineal pareciera haberse asociado la idea del “*apego a la ley*” con un positivismo conservador y/o reaccionario (que quiere regir la sociedad con la mano muerta del pasado), y, en sentido inverso, parece haberse asociado la idea de un progresismo social y axiológico con la tendencia al “*desapego a la ley*” y al derecho positivo,

---

<sup>4</sup> Cfr. ARISTOTELES, “Ética Eudemia”, Losada, 2005, p. 155.

<sup>5</sup> En sentido similar se ha dicho “...esta Corte ha considerado arbitrario el pronunciamiento ...que... desvirtúa la necesidad de que el litigante conozca de antemano las reglas a las que debe atenerse al momento de intentar el acceso a la instancia...lo cual genera una situación concretamente conculcatoria del derecho constitucional de defensa (Fallos 320:1393)” (Fallos 328:2056).

<sup>6</sup> Cfr. ZYGMUNT, Bauman, “Miedo Líquido”, Paidós, 2006, p. 67.

propiciándose una mayor libertad y discrecionalidad decisoria a la hora de buscar soluciones para los casos concretos (según las necesidades de cada momento).

Creemos que es un error postular la asociación ideológica señalada pues, amén de que en muchos casos es la propia ley la que mejor representa los valores constitucionales y la voluntad progresista de las mayorías, siendo precisamente reaccionaria o conservadora la actitud de su desconocimiento<sup>7</sup>, lo cierto es que resulta un riesgo hacer creer que es progresista la actitud del desapego a lo normativo, especialmente en países como el nuestro en los que existe un escepticismo crónico hacia la ley, y una tendencia hacia la anomia autodestructiva<sup>8</sup>.

De allí que no resulte trivial comenzar por señalar que incluso en su rol actual los jueces deben seguir siendo custodios de la ley y fallar los conflictos “con apego” a la solución normativa prevista para el caso concreto (art. 1 CCCN)<sup>9</sup>.

### III- El control constitucional de oficio.

Ahora bien, así como es evidente que los jueces deben tener riguroso apego al marco legal, también lo es que desde *Marbury vs. Madison* (1803) se ha reconocido excepcionalmente la posibilidad de los magistrados de efectuar un control constitucional de las leyes con las que deben resolver los pleitos, contando con la posibilidad de declarar su inconstitucionalidad en el caso concreto<sup>10</sup>.

Empero, siendo que el apego normativo del juez por la ley debe ser la “*primera ratio*” para resolver el conflicto, a la inversa, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes debiera ser la “*última ratio*” del ordenamiento jurídico<sup>11</sup>.

La razón de ser de la mirada recelosa contra el control de constitucionalidad de las leyes –aún como *última ratio* del ordenamiento- podría explicarse en función de la conflictividad a “*doble plano*” que provocaría su ejercicio, a saber: *ii- plano horizontal*, en primer lugar ese control puede generar una tensión entre el juez y las autoridades de los otros poderes del gobierno, por el avance de lo judicial sobre lo político, con posible afectación del principio de división de poderes;

<sup>7</sup> Cfr. GARGARELLA, Roberto, “La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial”, Ariel, 1996, ps. 48, 151. (ver Fallos 324:3219 –disidencia del Dr. Moline O’ Connor-).

<sup>8</sup> Cfr. NINO, Carlos, “Un país al margen de la ley”, Ariel, 2014, ps. 28, 55, 57. En el marco de la CSJN recientemente se ha dicho “...no existe país que pueda garantizar el bienestar de sus habitantes sin una constitución estable. Esta aspiración es especialmente importante en los tiempos que corren puesto que, dado nuestro oscilante pasado, todavía tenemos que probarnos a nosotros mismos que somos capaces de vivir bajo el imperio de las normas...” (cfr. voto Dr. Rosenkrantz en CSJN, “Schiffrin”, s. 28/03/17).

<sup>9</sup> Seguro que en la difícil tarea de juzgar pueden presentarse supuestos de tensión entre la solución legal y la idea de justicia del caso concreto. Frente a esta situación se habrían brindado distintas soluciones, según la corriente iusfilosófica imperante, pudiendo sintetizarse las posiciones en tres: i- legalista: una primera posición legalista no admitiría ni la más mínima separación del texto normativo, absorbiendo toda injusticia bajo el viejo axioma “*dura lex, sed lex*”; ii- axiólogista: una posición opuesta no admitiría ni la más mínima incomodidad entre la ley y la justicia, desplazando la primera bajo el lema “*summum ius summa injuria*”; iii- intermedia: una posición intermedia sería la que exige hacer el máximo esfuerzo de respeto a la ley, aun incomoda, salvo que conlleve una intolerable injusticia. Esta última posición intermedia, conocida como “Fórmula Radbruch” sería la de nuestro ordenamiento (cfr. Dr. Lorenzetti, en CSJN, “Schiffrin”, s. 28/03/17).

<sup>10</sup> Fallos: 33:162, ‘Elortondo’, s. 1888; CSJN, ‘Rizzo’, s. 18/06/2013.

<sup>11</sup> Cfr. art. 1 y 2 CCCN, Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal y Culzoni, año 2012, p. 514.

*ii- plano vertical*, en segundo lugar ese control puede generar tensión entre el juez y las partes del litigio, frente al posible cambio inesperado de las reglas de juego tenidas en cuenta para litigar el proceso, con afectación del derecho de defensa.

Precisamente por ello desde antiguo el control de constitucionalidad de las leyes estuvo sometido a “*varios filtros*” limitantes de su funcionamiento, que oficiaron de diques de contención para su ejercicio, manteniendo a raya su desenvolvimiento, figurando entre esos filtros tradicionales el vinculado con la prohibición de los jueces de ejercer el control constitucional por su propia iniciativa (*de oficio*), entendiéndose que la posibilidad excepcional de un control sólo podía abrirse en el marco de un proceso a partir del “*pedido expreso*” de una parte interesada.

Hay que decir igualmente que la jurisprudencia de la CSJN en torno al tema del control “*ex officio*” no ha sido uniforme, pudiendo distinguirse varios períodos que sintetizamos en tres: i- prohibitivo; ii- permisivo; y iii- condicionado<sup>12</sup>.

**1) Período prohibitivo:** (*el juez no puede impugnar la ley de oficio*). Este período se inició con el fallo “Ganadera Los Lagos” (1941)<sup>13</sup>, estableciéndose allí la prohibición sobre los jueces de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, en asuntos en los que nadie se lo había pedido, objetándose desde allí: *i- ausencia de caso*: en primer lugar se opuso a ese control la regla que señala que la justicia no procede de oficio, sino en casos planteados por parte interesada; *ii- falta de interés*: con cita de Cooley se dijo que la tutela judicial sólo puede dispararse a pedido de la parte “interesada” en tachar la ley que afecta sus derechos; *iii- violación de defensa*: que sólo a través del pedido de parte se salva la disponibilidad del derecho, la igualdad y la ocasión de la defensa, sin riesgo de sorpresas; *iv- exceso jurisdiccional*: que la introducción oficiosa de un planteo constitucional excede el *iura novit curia*, por no elegirse la ley vigente sino abrogarse la aplicable; *v- presunción opuesta*: que el ataque oficioso contra la validez de la norma rompe la deferencia postulada a favor de la presunción de constitucionalidad de las leyes; *vi- división de poderes*: que el entrometimiento oficioso de la justicia en el control de las leyes rompe la regla de deferencia vigente hacia los otros poderes; etc.

**2) Período permisivo:** (*el juez puede impugnar la ley de oficio*). Este período se inició con el fallo “Mill de Pereyra” (2001)<sup>14</sup> y fue consolidado a partir del fallo “Banco Comercial de Finanzas” (2004)<sup>15</sup>, estableciéndose allí la posibilidad del control oficioso, rebatiéndose las razones tradicionales que lo cercenaban: *i- presencia de caso*: se dijo que una cosa era que el juez no pudiera iniciar causas de oficio y otra que en una ya iniciado no pudiera controlar la validez de leyes; *ii- interés suficiente*: que el interés que justificaba la declaración oficiosa se revela-

---

<sup>12</sup> La doctrina en general se encarga de explicar la evolución de los criterios de la CSJN aludiendo a distintos períodos, computando incluso algunos más que los señalados en el texto (ver entre otros MARA-NIELLO, Patricio, “Inconstitucionalidad de oficio, actualidad y límites”, LL-2014-E-806).

<sup>13</sup> Fallos 190:142.

<sup>14</sup> Fallos 324:3219.

<sup>15</sup> Fallos 327:3117.

ba cuando para resolver la causa era necesario remover la norma inconstitucional; *iii- preservación de defensa*: que el cambio normativo no podía afectarlo, alegándose en todo caso que la oportunidad recursiva salvaba el ejercicio de la defensa; *iv- iura novit curia*: que el control constitucional de oficio era una manifestación de la facultad del juez de elegir el derecho (superior) aplicable al caso concreto; *v- presunción iuris tantum*: que tampoco se violaba la presunción de legitimidad de las leyes, porque tal indemnidad no era absoluta y cedía frente a un vicio evidente; *vi- división de poderes*: que si el control judicial de las leyes no viola la división de poderes cuando se hace a pedido de parte, tampoco cuando se hace de oficio<sup>16</sup>.

### **3) Período condicionado:** (*en unos casos el juez puede y otros no*).

Este período se habría iniciado a partir de una serie de casos en los que se llegó a limitar el espacio indiscriminado del ejercicio del control oficioso, mencionándose “Gomez”<sup>17</sup>, “Strangio”<sup>18</sup> (2006), “Rodríguez Pereyra” (2012)<sup>19</sup> y “Mansilla” (2014)<sup>20</sup>. Si bien en estos precedentes se habría mantenido el reconocimiento de la potestad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, al mismo tiempo se habrían reconocido algunos “límites importantes” vinculados a la necesidad de que: i- el control se ejerza dentro del marco de un proceso abierto; ii- dentro de la efectiva competencia correspondiente al juez actuante; iii- sobre puntos litigiosos efectivamente planteados por las partes; iv- en tanto los litigantes hubieran cumplido el umbral mínimo de sus cargas argumentales; v- no pudiendo los jueces arrogarse materias que fueron objeto de una marginación expresa por decisión de las partes; vi- ni sustituirse en la voluntad de una de ellas; vii- alterar el balance del juicio en detrimento de la otra; viii- ni violar –por intermedio de ello- el principio de congruencia, las reglas del debido proceso y el derecho de defensa (art. 18 CN).

Estos fallos parecen abrir paso a una etapa intermedia o moderada en la que, sin negarse la facultad de oficio, se la condiciona a serios límites<sup>21</sup>.

Creemos que resulta importante la apertura de una etapa de límites, porque entendemos que la doctrina del control de oficio no es tan inofensiva como parece, agravando las tensiones conflictivas que ya fueran señaladas, entre ellas:

---

<sup>16</sup> Hay que decir que el voto en disidencia del Dr. Moliné O’ Connor en “Mill de Pereyra” plantea serios reparos al reconocimiento del control de oficio, señalando: *i- ausencia de caso*: que por más que exista una causa abierta, en punto al control constitucional no existiría caso si no hay un planteo de parte interesada; *ii- interés disponible*: que el interés que debe surtir el control constitucional no es el del juez, sino el de la parte involucrada que tiene el derecho de alegar o no la tacha; *iii- violación de defensa*: que la tacha oficiosa de las leyes vigentes en base a las cuales los litigantes hicieron sus planteos quiebra la previsión y defensa; *iv- exceso jurisdiccional*: que el control oficioso excede el ejercicio ordinario del *iura novit curia*, por representar la introducción de un planteo que modifica el debate, no agotándose en la simple elección de una norma vigente, sino provocando la abrogación de la que resultaba aplicable; *v- presunción opuesta*: que la ley se presume legítima siendo su tacha una “anomalía contra-mayoritaria” que sólo puede surtir ante un planteo de objeción de parte; *vi- división de poderes*: que el control judicial no es omnímodo siendo un límite no interferir de oficio en el obrar de otros poderes sin agravio expreso de parte.

<sup>17</sup> Fallos 329:5903.

<sup>18</sup> Fallos 332:1078.

<sup>19</sup> Fallos 335:2333.

<sup>20</sup> Fallos 337:179.

<sup>21</sup> Con todo, y más allá de las importantes limitaciones que surgen, no creemos que se haya abandonado la doctrina del control de oficio (en contra HERCULES, “Requiem para el control de oficio” JA-2007-III-9).

*i- división de poderes:* resulta claro que el control de constitucionalidad de oficio altera la relación de equilibrio tradicional entre lo judicial y lo político, al colocar a los actos de gobierno en *estado de fiscalización judicial permanente*, en grado superior al que se verían expuestos de aplicarse el filtro clásico del pedido de parte; *ii- derecho de defensa:* también pareciera entendible que el control constitucional de oficio –sin pedido de parte– se vivencie como una subrogación del juez respecto de la carga de planteo que –sobre derechos disponibles– debió quedar a manos de la parte interesada, habida cuenta que esa tacha jugará en su exclusivo beneficio, para favorecerla en el resultado final del pleito, trasuntando ese reemplazo judicial un cierto quiebre en la igualdad de las partes, así como una *alteración extraordinaria* de las reglas de juego, que trasciende con creces la *facultad corriente* que tienen los jueces de decidir la ley aplicable (*iura novit curia*), por provocar una variación de los hechos, la *causa petendi* y/o los planteos del debate<sup>22</sup>, importando para quien la sufre una sorpresa inesperada, de la que no pudo resguardarse, al encontrar fallado el caso con base en una ley posterior a los hechos enjuiciados.

Es que por intermedio de este *resorte heterodoxo*, amén de colocarse en jaque las normas del ordenamiento, podría *sacarse de eje* al conflicto enjuiciado, tomándose por sorpresa al litigante, al *abrogarse* la ley decisiva del pleito y *decretarse* una nueva en reemplazo, con *aplicación retroactiva* sobre los hechos<sup>23</sup>, alterándose las condiciones originarias del caso, sin haberse permitido a las partes intervenir preventivamente sobre lo que habría de influir en el fallo<sup>24</sup>, cambiándose a último momento –por una vía marginal e inesperada– el resultado de la causa, a despecho de lo discutido, en beneficio de una parte y en detrimento de la otra<sup>25</sup>.

#### **IV- Límites al control constitucional de oficio.**

Teniendo en cuenta las razones que anteceden, el estado de la jurisprudencia, y aprovechando el debate acerca del rol actual del juez en los plei-

---

<sup>22</sup> Cabe recordar que la CSJN ha fijado límites para el *iura novit curia* señalando que “...esa facultad no se extiende a alterar las bases fácticas del litigio, ni la causa ‘petendi’ ni tampoco la admisión de hechos o defensa no esgrimidas por las partes” (cfr. Fallos 322:2525); aquella pauta “...encuentra su único límite en el respeto al principio de congruencia, de raigambre constitucional, en cuanto invalida todo pronunciamiento que altere la causa petendi o introduzca planteos o defensas no invocadas” (Fallos 329:4372).

<sup>23</sup> Los jueces no deben crear normas retroactivas, “...si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho” (DWORKIN, ob. cit., ps. 14, 15, 21, 146, 150).

<sup>24</sup> Reivindicando esta ocasión de intervención preventiva como garantía esencial del derecho de defensa –aunque aludiendo a otros temas– ver TARUFFO, Michele, “La prueba de los hechos”, Trotta, 211, p. 428.

<sup>25</sup> En este sentido se dijo “Cuando el juez declara de oficio la inconstitucionalidad de una norma obviamente beneficiará a una de las partes... en desmedro de la otra” (cfr. SCBA, L-64.712, “Correa”, s. 19/02/02, voto Dr. Dominguez –OP–). Señalándose igualmente “Un primer análisis de la resolución atacada la revela desprovista de toda articulación expresa de parte interesada, exhibiéndose pronunciada de oficio por el juez de la causa...el órgano judicial...quiebra así su condición de tercero imparcial al desbordar uno de los límites de la jurisdicción que lo tienen dedicado a resolver las peticiones de las partes ... cuando la declaración de inconstitucionalidad incline la controversia a favor de alguna de las partes, por influir decisivamente en la solución de la materia sustantiva sometida a conocimiento de la jurisdicción, su condición de posibilidad se hallará siempre presente en el requerimiento expreso de quien intente ese resultado. La causa, sin esa solicitud...expone error de juzgamiento” (cfr. CCALP., 6202, “Larramendy”, s. 10/06/08; sentencia que vino a quedar luego confirmada por SCBA, A-70.073, “Larramendy”, s. 18/12/13 –aunque por rechazo de REN–).

tos, creemos que resulta necesario el señalamiento de algunas condiciones y límites para el ejercicio de la potestad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio (DIO), que restrinja su utilización indiscriminada, resultando procedente la fijación de ciertos estándares previsibles que sirvan para regular racionalmente su funcionamiento y controlar la legitimidad de su aplicación a cada caso concreto.

Dentro de un posible decálogo de límites para el ejercicio del control de oficio, creemos que debieran considerarse algunos puntos decisivos, tales como: i- la efectiva apertura de una competencia jurisdiccional en relación a la cuestión de base sobre la que se inserta el control; ii- el cumplimiento elemental –por la parte interesada- de las cargas argumentales que permitan considerarlo; iii- el respeto por la voluntad de parte eventualmente expresada; iv- la mayor o menor dependencia que el control tuviera respecto de cuestiones jurídicas o fácticas; v- el respeto por el principio de congruencia sin salirse de las peticiones de base; vi- la naturaleza del interés público o privado comprometido en el litigio, y de la nulidad absoluta o relativa reprochable; vii- el grado de evidencia con el que se presenta el vicio, comprometiendo una nulidad manifiesta o no manifiesta; viii- la naturaleza mayormente disponible o indisponible de los derechos involucrados en la tutela; ix- la mayor o menor posibilidad otorgada para el ejercicio de la defensa; x- la oportunidad en la que se instala el control dentro de las instancias de la causa.

**1) Apertura de competencia.** Una de las primeras condiciones limitativas para el ejercicio del control constitucional de oficio es aquella que señala que efectivamente debe encontrarse abierta la competencia judicial en relación a la cuestión conflictiva de base, sobre la que se inserta el análisis constitucional.

Ya vimos que la postura tradicional (prohibitiva) tenía por cerrada la competencia para el control sin no había un pedido expreso de parte. A cambio, la postura siguiente (permisiva) tuvo por abierta la competencia para el control por el sólo hecho de que existiera una causa. Ni tanto, ni tan poco, la postura intermedia (condicionada) además de una causa, exigiría cierta iniciativa de parte en el planteo litigioso, que aun sin tacha expresa, tácitamente presuma un agravio.

Expresamente la CSJN ha dicho “...*el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicable entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales...*” (Fallos 335:2333). En virtud de este criterio la CSJN tuvo ocasión de revocar por excesivo e incongruente el control oficioso que hiciera un tribunal de alzada respecto de una ley de pesificación, cuando el tema de esa tacha quedó marginado de la competencia abierta por recurso, por haber aceptado el actor en la instancia de grado el pago pesificado (Fallos 329:5903).

Ergo: la doctrina del control de oficio no puede utilizarse para que los jueces se arroguen materia decisoria no sometida a su consideración.

**2) Cumplimiento de cargas.** Otro de los recaudos preliminares, que oficia de límite para el ejercicio del control de oficio, evitando la pauperización de



los escritos de partes<sup>26</sup>, es el que exige –sino un planteo expreso- el cumplimiento de las alegaciones formales y sustanciales que tácitamente habiliten el control.

Ya vimos que la postura tradicional (prohibitiva) exigía planteo expreso de la parte para habilitar el control. A cambio, la postura siguiente (permisiva) habilitaba el control judicial con prescindencia de lo que hiciera la parte. Ni tanto, ni tan poco, la postura intermedia (condicionada) no exigiría planteo expreso de parte, pero sí el cumplimiento de las cargas de presentación de los agravios que permitan tener por incorporado –expresa o tácitamente- el punto litigioso.

La CSJN dijo “...*el contralor normativo a cargo del juez presupone ... (el cumplimiento de) ... los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes ... es justamente la actividad ... de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación ... cuanto mayor sea la claridad y sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir...*” (Fallos 335:2333).

Como consecuencia de esto: i- se ha mantenido la carga de las partes de formular el planteo de inconstitucionalidad de las leyes en la primera oportunidad procesal que tuvieran, bajo pena de rechazo<sup>27</sup>; ii- se ha entendido que la omisión de ese planteo no puede repararse mediante el reclamo de ejercicio del control constitucional de oficio,<sup>28</sup>; iii- se ha mantenido la carga de las partes de fundar rigurosamente los reclamos de inconstitucionalidad que pretendieren, con desarrollos suficientes, bajo pena de rechazo<sup>29</sup>; iv- se ha mantenido la carga de las partes de plantear la cuestión federal en la primera oportunidad que tuvieran, bajo pena de rechazarse el recurso extraordinario federal (REF) o su queja<sup>30</sup>.

Ergo: la doctrina del control de oficio no libera a las partes de cumplir sus cargas de planteo, ni permitiría suplir la ausencia de fundamentos al efecto.

**3) Autonomía de la voluntad.** Otro límite importante a considerar en relación al tema es el que viene señalado por la necesidad de respetar la autonomía de la voluntad de los litigantes manifestada en el marco de la causa.

Ya vimos que la posición tradicional (prohibitiva) hacía depender todo el control constitucional a la voluntad exclusiva de lo que pidieran las partes. A cambio, la posición posterior (permisiva) habilitaba el control con prescindencia de la voluntad de las partes. Ni tanto, ni tan poco, la posición intermedia (condicionada) habilita el control ante el silencio, pero no contra la voluntad declarada.

Expresamente la CSJN descalificó la declaración de inconstitucionalidad de oficio del tope de la indemnización por despido del art. 245 de la LCT, que

---

<sup>26</sup> Cfr. Gelli, María. “La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Fundamentos y alcances”, LL-2013-A-25.

<sup>27</sup> Cfr. Fallos 328:4755; 330:1759; 339:1308; SCBA, P. 102.725, “Parra”, s. 24/06/15.

<sup>28</sup> Cfr. SCBA, P. 107.484, “Carrizo”, del voto del Dr. Hitters.

<sup>29</sup> Fallos 339:447.

<sup>30</sup> Fallos 331:36.

había contado con la explícita conformidad del actor en su aplicación, señalando “...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...” (causa “Mansilla”, Fallos 337:179).

Ergo: la facultad de control de oficio no debiera suplir cargas de partes, ni desconocer la autonomía de la voluntad en la disposición de los derechos.

**4) Cuestiones de derecho.** Otro de los límites a tener en cuenta en relación al ejercicio del control constitucional de oficio, es el que remite a considerar si la tacha de inconstitucionalidad puede resolverse como de puro derecho, o si, por el contrario, resulta dependiente de circunstancias fácticas o probatorias.

Ya dijimos que la doctrina tradicional (prohibitiva) negaba el control de oficio por entender que toda tacha legal suponía el planteo de cuestiones fácticas de resorte exclusivo de las partes. A cambio, la doctrina siguiente (permisiva) habilitaba el control por considerar que el mismo “*versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho*” (Fallos 327:3117), cayendo siempre dentro del *iura novit curia*. Separándose de esos extremos, la posición intermedia (condicionada) admitiría que el control constitucional puede agotarse en un análisis jurídico (de oficio) o depender de temas fácticas, requiriendo en este caso del aporte de la parte.

Expresamente la CSJN dijo “...la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmaria-mente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto... es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación. En este sentido 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...” (Fallos 335:2333).

Ergo: por regla la doctrina del control de oficio operaría sobre cuestiones de derecho, no así en cuestiones de hecho requirentes de planteo de parte.

**5) Principio de congruencia.** Otro los límites que se señalan respecto del control constitucional de oficio, es el que indica que al momento de ser ejercido aquél no pueda desbordar las pretensiones deducidas por las propias partes, en especial en lo que refiere al objeto mediato de la tutela reclamada.

Ya vimos que la posición tradicional (prohibitiva) consideraba violado el principio de congruencia por el sólo hecho de ejercer el control de oficio, sin el pedido de parte interesada. A cambio de ello la posición siguiente (permisiva), al englobar el control constitucional bajo el *iura novit curia*, descartaba todo agravio al principio congruencia. Separándose de esos extremos la posición intermedia (condicionada) admite la posibilidad del control oficioso, en los límites del agravio y del *thema decidendum* que fuera propuesto por la parte interesada.

La CSJN tuvo ocasión de censurar el control constitucional de oficio ejercido en desborde de las pretensiones de las partes, en el marco del cual se otorgó más de lo pedido, señalando “...la cámara ... ha fallado ultra petita pues... resulta de toda claridad que... (el) actor... aceptó la pesificación de su crédito... la posterior declaración de inconstitucionalidad de esa norma... violó el principio de congruencia procesal con el efecto de condenar a algo distinto de lo peticionado por aquél...El vicio de incongruencia es, pues, notorio... ese defecto no se supera ni siquiera frente a la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la constitucionalidad de las leyes, pues tal facultad en ningún caso podría conducir a dictar sentencias violatorias del principio de congruencia, tanto más si se pondera que con la inconstitucionalidad declarada en autos se llega a un resultado económico más amplio que el pretendido por aquel...” (Fallos 329:5903; símil Fallos 337:179).

Ergo: la doctrina del control constitucional de oficio no puede utilizarse para desbordar los límites de los propios planteos pretensivos de las partes.

**6) Interés comprometido.** Uno de los puntos que consideramos importante a la hora de evaluar la procedencia del ejercicio del control constitucional de oficio, es el que remite a deslindar la naturaleza del interés comprometido (público o privado) y el tipo de nulidad que genera el vicio (absoluta o relativa)<sup>31</sup>.

Ya vimos la posición tradicional (prohibitiva) parece haber entendido que todo vicio constitucional aparejaba una “nulidad relativa”, de interés privado, por encontrarse previsto en beneficio exclusivo de la parte afectada por la norma. A cambio la posición siguiente (permisiva) parece haber entendido que todo vicio constitucional aparejaba una “nulidad absoluta”, de interés público, habilitando a partir de allí la posibilidad oficiosa a despacho de la parte. Separándose de esos extremos, la posición intermedia (condicionada) mantendría la posibilidad del control de oficio (vinculado al interés público), pero no autorizando a pasar por sobre la autonomía de la voluntad evidenciada por la parte (vinculada al interés privado).

La CSJN dijo “...toda vez 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... En tales condiciones resulta admisible la tacha de arbitrariedad” (Fallos 337:179).

Ergo: la doctrina del control de oficio sería operativa en litigios de interés público, no así en litigios de interés privado vinculados a planteos de parte.

**7) Evidencia del vicio.** Otra de las cuestiones a tomar en cuenta para analizar la procedencia o no del control constitucional de oficio, remite a considerar la diferente manifestación que puede tener el vicio constitucional subyacente en el pleito, distinguiéndose así la nulidad manifiesta o no manifiesta.

---

<sup>31</sup> No desconocemos que la doctrina marca diferencias entre la tacha de nulidad e inconstitucionalidad, pero la asimilación del texto es con sólo fines didácticos (sobre la diferencia ver ARIAS, Gilber E., “Los límites de la declaración de inconstitucionalidad de oficio de las leyes, DT 2007 –Junio- 625).

Ya vimos que la posición tradicional (prohibitiva) habría partido de la base de considerar que –ante la presunción de constitucionalidad de las leyes- todo reproche constitucional debía ser no manifiesto y por ende sometido al planteo y la prueba que aportara la parte. A cambio, la posición siguiente (permisiva), al entender que todo vicio constitucional suponía una cuestión de derecho, habría reputado toda nulidad como manifiesta y entonces no resultaba necesario realizar mayor debate y prueba, justificando de ese modo el control de oficio. Ni tanto, ni tan poco, la posición intermedia (condicionada) habría admitido la existencia de vicios más claros y manifiestos (y por ende declarables de oficio), y otros más dependientes de debate y prueba (y por ende sujetos al aporte de parte).

En efecto, la posición de la CSJN en “Rodríguez Pereyra”, estaría reconociendo la posibilidad de que los vicios constitucionales sean más o menos evidentes, y en función de ello pueda definirse la procedencia o no del control de oficio. En este sentido el Máximo Tribunal Federal señala “...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...(la)... inconstitucionalidad de la norma...” (Fallos 335:2333).

Ergo: la doctrina del control de oficio podría ser operativa en supuestos de nulidades manifiestas, requiriendo las opinables del planteo de parte.

**8) Disponibilidad de derechos.** Otra de las cuestiones que deberían tomarse en cuenta para condicionar razonablemente la procedencia del control constitucional de oficio de las leyes, remite a considerar la naturaleza disponible o indisponible de los derechos involucrados en la tutela judicial concreta.

Ya vimos que la doctrina tradicional (prohibitiva) desechaba la posibilidad de admitir el control constitucional de oficio, sobre la base de reivindicar la existencia de un margen de autonomía y reserva en la protección de los derechos individuales. A cambio, la posición siguiente (permisiva) admitió indiscriminadamente el control de oficio, sin hacer reparos en torno a la naturaleza disponible o no de los derechos de base. Separándose de esos extremos, la posición intermedia (condicionada) admitiría el control de oficio en temas de orden público, pero reconocería la zona de disponibilidad privada sobre derechos individuales.

Si la propia CSJN tuvo ocasión de invalidar el control realizado de oficio sobre el art. 245 de la LCT, argumentando que el juez “...Ha traspuesto... el campo de actuación que le es propio, sustituyéndose en la voluntad de una de las partes...” (Fallos 337:179), es porque implícitamente reconoce que –aun frente a discusiones constitucionales- existe un margen de disponibilidad de los derechos y los agravios que queda a discreción de la propia parte interesada (cfr. art. 19 CN).

Ergo: la doctrina del control de oficio podría funcionar frente a derechos indisponibles, y no del mismo modo frente a derechos de interés particular.

**9) Preservación de la defensa.** En cualquiera de los casos, un límite constitucional evidente para el ejercicio del control judicial de oficio, que opera como condición de posibilidad de su funcionamiento, es el que exige evitar tomar a una de las partes por sorpresa, en aras a la preservación del derecho de defensa.

Ya vimos que la doctrina tradicional (prohibitiva) desechaba toda posibilidad del control constitucional de oficio —entre otras cosas- porque lo consideraba un asalto a la confianza y a la buena fe de las partes, que veían defraudada la creencia en el ordenamiento jurídico, por el cambio intempestivo de las reglas de juego, sin posibilidad de intervención defensiva de su parte sobre el punto. A cambio, la doctrina posterior (permisiva) habría desechado la posibilidad de invocar un agravio semejante por considerar incluido el control de oficio dentro del *iura novit curia*. No encontramos que la posición intermedia (condicionada) haya terciado en forma expresa en el asunto del derecho de defensa, aunque sí se menciona que el control de oficio no puede provocar una “...*alteración del balance procesal, en detrimento de la contraria...*” (causa “Mansilla”, Fallos 337:179).

Creemos que esto último excluiría el control de oficio cuando sobrepasara lo implícito de los planteos de las partes y supliera omisiones postulatorias decisivas, provocando un desbalance sorpresivo en la materia del debate.

En cualquiera de los casos —y aún frente a su ejercicio- desde siempre existieron votos que alertaron sobre la necesidad de preservar el derecho de defensa (no en el *iura novit curia*) sino con algún traslado previo y/o por la vía recursiva ulterior del litigante. Así se dijo “*en cuanto a la alegada violación del derecho de defensa que derivaría de no haberse oído previamente a las partes respecto de las normas invalidadas por el a quo... lo cierto es que los litigantes han tenido suficiente oportunidad de ser oídos sobre el punto en el remedio federal y su contestación*” (voto Dres. Lopez y Bossert, Fallos 324:3219, simil Dr. Boggiano).

En función de esto último —como veremos- surge implícito otro límite, como es el que señala que las declaraciones de inconstitucionalidad de oficio sólo podrían operarse en las instancias de grado (que garantían recursos ulteriores) pero no así en las instancias extraordinarias (ante el cierre ulterior de debates).

Ergo: la potestad del control de oficio —en los casos que procediere- debiera funcionar sin sorpresas para las partes y con resguardo de la defensa.

**10) Oportunidad de ejercicio.** Precisamente en consideración a lo último, y a los fines de permitir subsanar (de mal modo) por la vía de los recursos la falta de ejercicio previo del derecho de defensa por parte del litigante afectado (por sorpresa) a raíz del control de oficio, cierta jurisprudencia propone un límite adicional a la posibilidad de ese control, sugiriendo que el mismo sólo sea procedente en las instancias de grado, pero no en las últimas de las Cortes Supremas.

Concretamente esta posición habría sostenido que la cuestión de la declaración de inconstitucionalidad de oficio sólo puede funcionar en el ámbito de

las instancias de grado (en forma pura –por declaración judicial espontánea- o impura –por recepción judicial de un planteo de parte tardío-), no pudiendo proponerse su funcionamiento en las instancias extraordinarias de las Cortes, porque el ejercicio del control de oficio a ese nivel no tendría posibilidad de revisión ulterior.

Así se dijo “*Con relación al tópico vinculado con la posibilidad de que los jueces decreten de oficio la inconstitucionalidad de los dispositivos legales...la decisión adoptada, sólo resulta operativa cuando previamente haya existido una declaración de inconstitucionalidad de oficio - ‘pura’- o que la parte la haya planteado en el recurso...-eventual declaración de inconstitucionalidad de oficio ‘impura’ por solicitud tardía- de modo que la contraparte tenga garantizada la oportunidad de ejercitar su derecho de defensa –presupuesto ineludible de los votos de los doctores Lopez y Bossert*” (Dr. Pettigiani, SCBA, P. 102.725, “Parra”, s. 24/06/15).

Ergo: la potestad del control de oficio –en los casos que procediere- debiera funcionar en las instancias de grado con garantía de recursos ulteriores.

## **V- Conclusiones.**

Llegados a esta instancia podemos repasar algunas conclusiones.

- 1) Si bien el rol actual de los jueces supera la versión del espectador, adoptando la del director, deben ponerse límites para evitar una versión de juez inquisidor.
- 2) Más allá de todo activismo judicial, debe reivindicarse el principio de legalidad y el apego normativo, como condición de previsibilidad y control del servicio.
- 3) Las decisiones judiciales debe fundarse como primera ratio en el texto de la ley, quedando el control constitucional como última ratio del ordenamiento jurídico.
- 4) La declaración de inconstitucionalidad de una norma provoca una conflictividad en dos planos: en lo horizontal (entre poderes), en lo vertical (para la defensa).
- 5) En relación al control constitucional de oficio se advierte una evolución en tres períodos: período de prohibición, período de permisión, período condicionad.
- 6) Resulta necesario limitar el ejercicio indiscriminado de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, condicionándolo a ciertos parámetros objetivos.
- 7) Entre las posiciones extremas que impiden o desbordan las posibilidades del control de oficio, debe fijarse un criterio intermedio con protocolo de actuación.
- 8) Por regla el control de oficio resultará improcedente ante conflictos de derechos disponibles, de vicios ocultos, dependientes de hecho y prueba, etc.
- 9) Excepcionalmente dicho control podrá ejercerse cuando se reúna un decálogo de requisitos (v. derechos indisponibles, vicios absolutos, de derecho, etc).
- 10) En todo caso en que sea viable el control de oficio debe respetarse la congruencia, el debido proceso y el derecho de defensa de la parte desfavorecida.

Leandro K. SAFI.