

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO Y SU SITUACIÓN ACTUAL, A PROPÓSITO DEL CASO “RODRÍGUEZ PEREYRA”

Por Patricio Maraniello

1. La Corte Suprema de Justicia, durante muchos años, a partir del caso “SA Ganadera Los Lagos vs. Nación Argentina” de 1941¹, sostuvo que los jueces no pueden declarar de oficio ningún acto administrativo, sin una demanda directa o indirectamente relativa al acto en el cual las partes hayan alegado tal nulidad.
2. Luego, en el 2004, la misma Corte, en el caso “Banco Comercial de Finanzas”², admitió el control de constitucionalidad de oficio, aunque algunos autores sostienen que el *leading case* fue el fallo anterior “Mill de Pereyra”³; lo cierto es que en este último caso hubo cierta doctrina que consideraba que no había existido una verdadera mayoría, porque había votos que no coincidían con la solución de dicha mayoría, y disidencias parciales muy disímiles.
3. La declaración de inconstitucionalidad de oficio fue extendida también a la declaración de inconveniencia surgida del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado, Alfaro y otros) vs. Perú”⁴, criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Videla”⁵.
4. Este año, en el caso “Rodríguez Pereyra” del 27 de noviembre de 2012, se han introducido varias cuestiones sobre el control de constitucionalidad de oficio, que resulta conveniente resaltar.

¹ Fallos 190:142, (1941).

² LA LEY, 2004-E, 647; Fallos 327:3117.

³ Fallos 324:3219.

⁴ CIDH (24 de noviembre de 2006), serie C, nro. 158, párr. 128.

⁵ CSJN *in re* “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, del 31 de agosto de 2010.

5. En dicho caso, la Cámara admitió, con fundamento en normas de derecho común, el reclamo indemnizatorio de quien sufrió lesiones mientras cumplía con el servicio militar obligatorio. El Ejército Argentino demandado interpuso recurso extraordinario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió la posibilidad de que los jueces declararan de oficio la inconstitucionalidad de una norma jurídica, atribución que ejercitó respecto del art. 76, inc. 3º, apart. c), de la ley 19.101.
6. La Corte consideró que el art. 76, inc. 3º, apart. c), de la ley 19.101 es inconstitucional, en cuanto establece una indemnización única para los conscriptos que, como consecuencia de actos de servicio, presenten una disminución para el trabajo menor al 66%, pues no brinda una reparación integral del daño, a diferencia de lo que ocurre al aplicar el sistema del derecho común, que contiene pautas que exceden la mera incapacidad.
7. En cuanto al control de constitucionalidad de oficio, ha efectuado las siguientes consideraciones:
 - a. *Principio de congruencia en cuestiones federales*: en el considerando 4º del fallo sostuvo, como venía señalando en casos anteriores⁶, que “...en este contexto y a los fines de establecer la inteligencia de las normas federales, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de los jueces de la causa y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue...”. Por lo tanto, aquí la Corte dejó de lado el clásico principio de congruencia, donde los jueces se encuentran limitados por lo pretendido por las partes en cuanto a las cuestiones fácticas o a lo expresado en los recursos respectivos, en los casos de tratarse de jueces de Cámara o de Corte (federal, provincial o de la Ciudad de Buenos Aires), sino que a lo único que está atado el juez, en cuanto a este principio cuando se trata de cuestiones federales, es a la

⁶ Fallos 325:1663; 326:2880; 330:2981; 4713; 331:735.

cuestión debatida, pudiendo apartarse de los fundamentos elaborados por las partes en el recurso extraordinario o de las resoluciones de instancias anteriores.

- b. *Teoría de la evitabilidad*: la declaración de inconstitucionalidad, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un Poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de *ultima ratio* que debe evitarse, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, por lo cual, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, sólo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad.
- c. *Control de convencionalidad ex officio amplio*: recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido respecto del control de convencionalidad *ex officio*, añadiendo que en dicha tarea los jueces y los órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, del 29 de noviembre de 2011).
- d. *Requisitos formales*: que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del 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”⁷ y “Gomes Lund y otros”⁸).
Desde esta perspectiva, 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

⁷ CIDH *in re* “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia” (del 1º de septiembre de 2010, parágrafo 202).

⁸ CIDH *in re* “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil” (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176).

competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o de las 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 irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto, en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes, así como sus planteos argumentales, los que debe poner de manifiesto tal situación⁹.

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 si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera¹⁰.

- e. *El control de constitucionalidad de oficio como potestad judicial:* Muchas veces ha surgido el interrogante de saber si la declaración de inconstitucionalidad de oficio es obligatoria o facultativa para los jueces. En la parte final del considerando 13 del fallo en análisis se dispone que el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio para los jueces, no se establece en forma obligatoria, sino optativa a dicha atribución judicial. Aunque ello no parece correcto, atento a que el mismo art. 116 de la Constitución Nacional establece que le corresponde a la Corte y a los tribunales inferiores el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos en la Constitución Nacional; de una simple interpretación, vemos que la palabra “corresponde” que utiliza la Constitución no es facultativa sino imperativa, pues entonces la atribución de efectuar el control de constitucionalidad no resulta optativa sino obligatoria para todos los jueces.

⁹ Considerando 13 del caso “Rodríguez Pereyra”.

¹⁰ *Ibíd.*

8. A modo de conclusión, podemos decir que el caso “*Rodríguez Pereyra*” ha sido un respaldo muy importante para el control de constitucionalidad de oficio desde muchos aspectos; en primer término, hay dos jueces de la Corte que no habían firmado el caso “Banco Comercial de Finanzas” y ahora se han sumado a este instituto judicial; éstos son: Ricardo Luis Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda. Se ve ampliado el instituto con la incorporación de la declaración de inconvencionalidad de oficio de los instrumentos internacionales, donde los jueces deberán tener en cuenta la opinión e interpretación que los órganos de aplicación realicen de la Convención Americana de Derechos Humanos. Finalmente, la Corte Suprema ha establecido como condición para la admisibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, que los jueces, en forma obligatoria y no facultativa —como ya se ha señalado—, deben aplicar la teoría de la evitabilidad y deben hacerlo en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esto último hace referencia a que el juez deberá demostrar que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto, pero ello debe surgir en forma clara y precisa de los elementos probatorios de las causas.

Como bien sabemos los abogados, ningún derecho es absoluto, y en un sistema republicano ningún Poder lo es, pues está condicionado por los demás poderes del Estado y por sus propias reglas en un sano y razonable proceder.