

## ¿PUEDEN LOS JUECES ARGENTINOS DECLARAR DE OFICIO LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES?\*

Por

ADOLFO PLINER

### I — SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y PRESERVACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.

1. — La validez de todo el orden jurídico en que se traduce el estado de derecho finca en su subordinación a la norma fundamental y en su conformidad con ella. De dónde las normas secundarias o derivadas —o, más precisamente, condicionadas— son derecho en tanto se acuerden con las reglas superiores de aquella norma fundamental que en la pirámide kelseniana es la constitución política del Estado. Quiere esto decir que la regla jurídica —o que tiene su forma exterior— no es obligatoria por el solo hecho de haber sido producida, aún dada por el órgano específico instituido, si sus preceptos están en contradicción con las prescripciones de la norma superior. Esta pluralidad primaria de normas en grado de subordinación supone que inevitablemente ha de producirse la necesidad de jugar su coincidencia u oposición, y que los sujetos sometidos a la obediencia del orden establecido se encuentran precisados a optar entre regla y regla decidiendo si existe o no con

\* Monografía presentada en el Instituto de Derecho Procesal, correspondiente al curso de doctorado, año 1953, a cargo del Prof. Dr. José Sartorio.

1° Recuerda Enrique Guzmán Mazón (h.) la anécdota que cuenta Bryce en su "República Argentina", del inglés que habiendo sido que la Suprema Corte Federal fue creada para proteger la Constitución, e invitado de la autoridad necesaria para anular las leyes repugnantes a sus preceptos, pasó dos días basando en el texto de la Constitución de los Estados Unidos las disposiciones señaladas a su admiración, y naturalmente, no pudo encontrarlas. Lo mismo le habría pasado al inglés del cuento —agrega— examinando la Constitución argentina que, al igual que su modelo, no contiene una sola palabra al respecto. El *Reserva Extraordinaria*, pág. 31, Buenos Aires, 1913.

Supongo que el acervo del inglés habrá sido mucho mayor cuando se enteró que el papel de protector de la Constitución atribuido a la Corte Suprema es fruto de una interpretación judicial y de una repetición machacona de frases hechas a través de años de fallos y de escritos doctrinarios. Para eso —se habrá dicho— no era necesario hacer una Constitución escrita, minuciosamente elaborada, si luego se vuelve a una suerte de common law en que el derecho de los "casos" termina adquiriendo jerarquía de ley expresa.

flicto entre dos mandatos normativos igualmente coercibles en principio. Descontado está que los propios sujetos alcanzados por las encontradas prescripciones de conducta no son quienes adoptarán la decisión última en el caso dado, pues es de la esencia del estado de derecho ese poder de decisión y el de arbitrar los medios jurídicos adecuados para asegurar la vigencia permanente de la ley suprema —la constitución— y entre esos medios el de determinar las competencias de los órganos constituidos para pronunciarse al respecto con poder vinculatorio.

2. — Trasladados estos principios a la realidad positiva argentina, encontramos que la constitución nacional proclama enfáticamente en su art. 31 que "esta Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales"<sup>1</sup>. Pero ninguna previsión contiene nuestra Carta, como tampoco existe, en el modelo norteamericano, que ordene la forma o el procedimiento para asegurar en la práctica la efectividad de la supremacía constitucional, ni se ha dado expresamente a órgano constituido alguno la competencia específica para decidirla y para sancionarla<sup>2</sup>.

Sin duda que una norma suprema que puede no observarse deja de ser suprema, y el orden jurídico que descansa sobre ella vendría a deshacerse en el caos y en la anarquía, que es la negación del derecho. Pero el orden jurídico existe y no puede negarse a sí mismo; si la constitución, "ordenación de las competencias supremas del estado"<sup>3</sup>, no instituye de una manera explícita el poder encargado de su propia preservación, debe entenderse que cada uno de los órganos creados debe, en las respectivas esferas de sus atribuciones, cumplir con la misión esencial de observar y hacer observar la ley fundamental de donde proviene sus propios poderes<sup>4</sup>.

3. — Lo que se ha dado en llamar el "control" de constitucio-

---

<sup>1</sup> Este texto, que reproduce casi literalmente el párrafo segundo del art. VI de la Constitución de los EE. UU., ha sustituido el mandato dirigido "a los jueces de cada Estado", que contiene el original, de acomodarse a la ley suprema no obstante cualquiera disposición local en contrario, por el más amplio y perentorio que previene "a las autoridades" de cada provincia de la necesidad de someterse al derecho federal.

<sup>2</sup> MANUEL GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional Comparado*, pág. 19. Madrid, 1957.

<sup>3</sup> F. J. SENEZ: *Comentarios sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*. Traducción de Nicolás Antonio Calvo, t. I, pág. 333. Buenos Aires, 1888.

nalidad de las leyes<sup>77</sup> no es más que un capítulo o un episodio de la accidentada historia de la preservación de la constitución. La carta política de un estado constitucional puede ser violada de diversos modos, y la infracción provenir del Poder Legislativo, del administrador, de cualquier funcionario, de cualquier habitante o grupos de personas, o de los jueces mismos. El orden jurídico es un mecanismo sutil de conductas condicionadas y entrelazadas en íntima trama infanta donde la lesión de una norma substancial, en cualquier parte que se realice, repercute y conmueve la pirámide entera. La defensa de la ley suprema es, pues, tarea permanente, especie de constante vela de armas, que la propia constitución no ha encomendado a nadie exclusivamente, pero que pesa sobre todos como castigo de los actos injustos en que vivimos, y con una intensidad sobre aquellos que han asumido una responsabilidad determinada por el lugar que ocupan en la organización jurídico-política de la sociedad.

Por eso prefiero hablar aquí de "preservación de la constitución" y dejar para más adelante el examen de la idea del "control constitucional" en la medida de nuestro derecho positivo como un capítulo —de ningún modo secundario— de la vigilancia y defensa de la autoridad y pureza del dogma constitucional.

El acierto genial del juez Marshall al dar forma definitivamente madura, y de una sola vez en el acto mismo de su nacimiento, a la doctrina que permite a los jueces revisar la constitucionalidad de las leyes del Congreso en el acto de aplicarlas, importó descubrir y poner en evidencia en el complejo mecanismo de la Constitución norteamericana el fundamento de esa facultad<sup>78</sup>. Pero si ese poder —en tanto instrumento de la defensa de la Constitución— es exclusivo de la Corte Suprema o del Poder Judicial, ni basta el que los jueces pueden ejercer para agotar las posibilidades del resguardo integral de su intangibilidad.

Creo que si las expresiones acuñadas por una inveterada re-

---

<sup>77</sup> No hay control constitucional propiamente dicho si las decisiones del órgano que lo efectúa no tienen ninguna eficacia directa ni inmediata sobre la ley, decreto, reglamento o ordenanza que califica en sus pronunciamientos, puesto que la "invalidez" no trasciende del caso juzgado, y el juez no ha hecho otra cosa que recoger la norma que se conformaba con el orden del art. 31 de la Constitución Nacional, prefiriendo otra que a su juicio era implícita, aunque esa implícitud resultase de la inconstitucionalidad que la vicia.

No es lo mismo el juzgamiento de constitucionalidad que prevale la Constitución austríaca de 1920, redactada en Reims. Allí (art. 140) la decisión del Tribunal Constitucional, contraria a la validez de una ley, causa su directa anulación, y el canciller federal o el jefe del "país" —según fuere el caso de ley federal o local— está obligado a publicar inmediatamente el decreto anulatorio. Igualmente en su régimen actual de la Constitución francesa de 1958, donde una disposición declarada inconstitucional por el Consejo Constitucional no puede ser promulgada ni puesta en vigencia (art. 62). En nuestra Constitución, las decisiones de la Corte no interrumpen la vigencia de la ley declarada inconstitucional, y sólo dejan de regir si es derogada por el Congreso.

<sup>78</sup> Caso "Marbury c/ Madison", año 1803.

petición como que la Corte Suprema, o el Poder Judicial, es el "guardián de la Constitución", o de que "ejercen el control de la constitucionalidad de las leyes" y de los actos de los otros poderes, no son empleadas en sentido estrictamente metafórico, se está incurriendo en una exageración al pronunciarlas. El derecho y el deber de velar por la observancia de la constitución, y el poder de remediar los actos inconstitucionales, están abundantemente repartidos en nuestra carta fundamental; y si bien la parte de ese quehacer que incumbe a los jueces, y en particular a la Corte Suprema, cobra en la realidad y en la trascendencia institucional de su funcionamiento una jerarquía, prestigio y eficacia que la convierten en pieza maestra del sistema, su tarea está lejos de ser exclusiva.

4. — En primer lugar, es función primaria de todos los poderes constituidos del Estado. Al presidente de la República se le impone un juramento expreso en el art. 80 de la Constitución de "observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina", cosa que no solo tendrá ocasión de cumplir en cada uno de sus actos cotidianos de gestión administrativa y política, sino particularmente en las trascendentales decisiones de gobierno en que la defensa de la Constitución es objetivo específico, como cuando veta una ley que reputa contraria a los principios constitucionales, interviene en una provincia para restablecer la forma republicana de gobierno —con ley o sin ella en caso de receso del Congreso o de urgencia— retiene una bula pontificia, o utiliza las fuerzas de la Nación para reprimir una sedición. El Congreso hace la crítica constitucional de sus propios actos en la amplitud del debate bicameral, juzga al Presidente, Vicepresidente, ministros y jueces cuya conducta los hace indignos de la función constitucional que ejercen; los jueces resuelven tener por inexistentes las leyes que reputan en pugna con la Constitución o con el orden por ella creado. Es más, los ciudadanos todos tienen el deber de "armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución" como la manda en el art. 21, y vemos en último término al pueblo en armas como guardian final del "Arca de la Alianza" de la Nación Argentina, ese mismo pueblo que pacíficamente honra y defiende a la Constitución en el ejercicio normal del derecho de sufragio.

Claro está que en ninguno de los gestos propios del ejercicio del poder, o de la actividad ciudadana, aparece el acto constitucional y la especificidad del acto de afirmación de la supremacía de la Constitución como cuando el juez se pronuncia por la ineficacia de una ley, decreto, ordenanza —o hasta de una disposición contenida en una constitución local— por hallarse en pugna con un principio de la Constitución nacional. Una decisión de esta clase hiere fuertemente la imaginación popular, la que subestima por lo común lo que el hecho contiene de auténtica trascendencia para no ver en la sentencia judicial —sobre todo cuando proviene de

la Corte Suprema— sino un amago de conflicto de poderes, un enfrentamiento de órganos superiores del Estado que puede conmover las instituciones. Semajante concepción no es rara aún en la literatura jurídica que trata la cuestión en nuestros medios, donde es habitual encontrar afirmaciones del corte de “ley anulada”, “ley declarada sin valor”, referidas a resoluciones judiciales que reputaron inconciliable con la Constitución, en el caso juzgado, a una ley o a un decreto.

La idea de “nulidad” se encuentra ya en la exposición de Marshall en la sentencia de *Marbury v. Madison*, prestigioso antecedente que no me parece bastante para legitimarla, como tampoco la legítima al frecuente empleo de la misma expresión por nuestra Corte Suprema. Los jueces, en la Argentina como en los Estados Unidos de América, carecen de poder para anular una ley o un decreto, puesto que se limitan a juzgar un caso concreto aplicando en la especie, si hay leyes contradictorias de diferente jerarquía, la que debe preferirse según el orden Constitucional, dejando de lado la que conforme a ese orden carece de vigor. Esta selección de la norma —juicio jurídico y no político— no trasciende del caso decidido, y la norma preterida no sufre menoscabo formal. La supremacía constitucional se hace efectiva así “en el caso”, y el supuesto control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley se cumple de manera indirecta, puesto que los jueces no enjuician la ley misma, ni su pronunciamiento va dirigido contra ella.

## II. — CONTROL CONSTITUCIONAL. SU TÉCNICA.

5. — El procedimiento para asegurar la supremacía de la Constitución se problematiza con la aparición de las Cartas modernas. La de los Estados Unidos de América, de 1787, solo consignó el principio, como vimos, sin articular el recurso para hacerlo efectivo. La elaboración jurisprudencial que la siguió, organizando el procedimiento de la impugnación judicial, no fué pura creación de la Corte Federal, pues reconoce antecedentes en la actividad de los tribunales locales antes de la unión de las trece colonias, inspirada en la doctrina del juez inglés sir Edward Coke<sup>1</sup>, y una concepción ya claramente hecha en la conciencia pública. Durante el ardoroso período corrido entre la clausura de la convención de Filadelfia el 17 de setiembre de 1787, que aprobó la Constitución, y su aceptación definitiva por todos los Estados, escribió Hamilton en “El Federalista” sobre la necesidad de “la consideración obvia de que debe existir siempre un medio constitucional de impartir eficacia a las disposiciones constitucionales. ¿De qué servirían, por ejemplo, las restricciones a las facultades de las

<sup>1</sup> ALBERTO J. GARCÍA, “De la ‘Constitución’ constitucionalista, a la ‘Constitucionalidad’”, pág. 10. Buenos Aires, 1952.

"legislaturas locales, si no existe algún procedimiento constitucio-  
nal para exigir su observancia? En el plan de la convención  
"hay una porción de cosas que se prohíben a los estados algunas  
"de ellas por ser incompatibles con los intereses de la Unión, y  
"otras con los principios de buen gobierno... Ningún hombre de  
"sentido común será capaz de creer que tales prohibiciones se  
"respetarían escrupulosamente si el gobierno carece de poderes  
"efectivos para impedir y sancionar las infracciones que se comen-  
"tan. Estos poderes deben consistir en un veto directo sobre las  
"leyes de los estados o en la potestad conferida a los tribunales  
"federales de hacer a un lado aquellas que contravengan de modo  
"resoluto los artículos de la Unión. No existe, en efecto, sistema  
"que me sea posible imaginar. La convención ha considerado que  
"el segundo es preferible al primero, y supongo que también re-  
"sultará el más aceptable a los estados"<sup>4</sup>.

No se advierte aún la posibilidad del ejercicio de ese poder por los jueces para "hacer a un lado", como dice Hamilton, a las leyes del propio Congreso Federal. Sin embargo, como ya lo dejó anotado más arriba, la doctrina norteamericana, que habría de irse consolidando en sucesivos fallos de la Corte Federal, creó una forma jurídica de preservar la supremacía constitucional sin que las decisiones de los tribunales importasen un juzgamiento directo y frontal de la ley ni la aniquilación de su vigencia. Ensayos posteriores, particularmente en Europa, buscaron la solución del mismo problema, pero, en una inculcable desconfianza hacia la judicatura, se orientaron en la tarea de inventar instituciones nuevas que sirviesen a los fines del control constitucional de las leyes, las que a la vez de guardar las apariencias de un celo riguroso por la observancia de las prescripciones fundamentales del estado, tuviesen la suficiente flexibilidad para no herir demasiado la susceptibilidad de los parlamentos omnipotentes.

6. — El primer ensayo lo hace la Francia revolucionaria. La Constitución del 22 Primario del año VIII confería a un Senado Conservador la función de "anular o mantener todos los actos que le sean propuestos como inconstitucionales por el tribunalet o por el gobierno". Como es lógico, la figura absorbente del Primer Cónsul —Emperador, luego— no dió ocasión a ese tribunal constitucional para hacer uso de sus poderes. Se acordó de ellos recién el 3 de abril de 1814, a los tres días de la entrada de los aliados vencedores a París, caído Napoleón, para declarar en su calidad de guardianes de la Constitución, la caducidad de los poderes del Emperador "culpable de repetidas violaciones constitucionales"<sup>5</sup>. El Senado Conservador habría de sobrevivir, sin embargo. Lo tene-

<sup>4</sup> HAMILTON, JAY y MADISON: *El Federalista*, pág. 346. Edic. Fondo de Cultura Económica, México, 1943.

<sup>5</sup> JEAN CHAMPAGNON: *Le Nouvelle Constitution et le Régime Politique de la France*, pág. 172. París, 1959 (Bergers-Levrault).

mos hoy, metamorfoseado, en el Consejo Constitucional de la reforma de 1958, que vino con el general De Gaulle al poder.

7. — Aunque la doctrina de la separación de los poderes ha sido originariamente expuesta en Francia, su aplicación cabal sólo se llevó a cabo en América. Las naciones europeas no terminan por aceptar que la función judicial importe el ejercicio de un poder del Estado del mismo nivel que el ejecutivo o el legislativo, y en las constituciones más modernas del viejo mundo la administración de justicia es una dependencia más o menos prestigiosa, más o menos autónoma del "gobierno", de modo que resulta así razonable dentro de tal concepción que los jueces no sean admitidos a calificar la constitucionalidad de las leyes que van a aplicar. Sobre todo en los sistemas de gobierno parlamentario en que el propio poder ejecutivo es una emanación de las asambleas legislativas. Una decisión judicial negando eficacia a una ley tiene así para ellos todos los contornos de un alzamiento escandaloso contra el orden jurídico<sup>7</sup>.

Pero la existencia de una constitución escrita y la necesidad de organizar un medio jurídico eficaz para asegurar su supremacía, particularmente frente a la tendencia tradicional de los parlamentarios de sentirse depositarios absolutos de la soberanía y de usar de sus poderes sin restricciones, a imago del Parlamento inglés, obligó a crear fórmulas nuevas, a veces instituciones híbridas, para arbitrar un modo de control de los actos del poder legislador, sin ninguna preocupación de encuadrarlas en el esquema de la división para nosotros clásica de la división tripartita de los poderes.

En términos generales, las constituciones modernas defieren el control constitucional de las leyes a: 1) Un órgano político especial; 2) Un alto tribunal judicial; o 3) A los poderes jurisdiccionales ordinarios.

8. — En el primer grupo es Francia la nación que con más ahínco ha rehuido la autoridad de los jueces para la ponderación

<sup>7</sup> Dice Jean Carbonnet (op. cit., pág. 170), luego de transcribir un párrafo principal del voto del juez Marshall en el caso *Marbury v. Madison*: "En el terreno de la lógica pura, la demostración es irresistible. Los jueces deben preservar el derecho en vigor, en caso de conflicto entre dos textos de valor diferente tienen que excluir la aplicación del texto de valor inferior. Como lo dice vigorosamente Marshall, "es la esencia misma del poder judicial". Una consideración ya no lógica, sino política, puede, sin embargo, conducir al rechazo de esta conclusión. Todo juicio sobre la constitucionalidad de una ley es al mismo tiempo, aún bajo una forma discreta, un juicio sobre el legislador. Pero éste es un rolaje superior del Estado, representa una fuerza política preponderante, y no admitirá, pues, siempre ni fácilmente el ser controlado por jurisdicciones que políticamente no son sino órganos secundarias. Esta consideración lleva a menudo a reservar el control de la constitucionalidad a un órgano especial, lo bastante aislado y bien encumbrado en la jerarquía de los órganos del Estado para que el Parlamento tolere —o sufrir— el ser juzgado por él".

Esta transcripción se hace por sí misma para revelar la posición mental del publicista francés —de alguna manera aislado— frente a la jurisdicción y frente al Parlamento: la subordinación de la primera, y la hipotecia política del segunda.

constitucional de las leyes. El Senado Conservador postrevolucionario sobrevivió a las alternativas y borrascas políticas del siglo pasado, y más o menos destiguado siguió con atribuciones similares hasta la tercera república. Finalizada la segunda guerra mundial, Francia se da su nueva Constitución en 1946. En esta ocasión las funciones de supervisión de la constitucionalidad de las leyes son acordadas a un Comité Constitucional de característica emanación legislativa. Lo preside el Presidente de la República y lo integran: el presidente de la Asamblea Nacional, el del Consejo de la República (Senado), siete miembros designados por la Asamblea y tres por el Consejo de la República. Fácil es comprender, sobre todo si se advierte que los integrantes del comité se eligen por un año, que huyendo de la supuesta parcialidad judicial se encomienda el juicio de constitucionalidad de las leyes prácticamente a los mismos que las dictan. Surgida esta creación de un compromiso político<sup>6</sup>, se extinguió sin tener casi ocasión de actuar, al cabo de once años.

La nueva Constitución francesa de 1958 persevera en el criterio del organismo de carácter político. Instauró un Consejo Constitucional formado por nueve miembros. Tres son designados por el Presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea, y tres por el presidente del Senado. Duran nueve años en sus funciones y no son reelegibles. Integran este tribunal de pleno derecho los ex presidentes de la República. Sus atribuciones esenciales, aparte de las de carácter de tribunal electoral (arts. 58 a 60) consisten en dictaminar sobre la conformidad o incompatibilidad de las leyes sancionadas con los preceptos constitucionales. Emiten su juicio a requerimiento del Presidente de la República, del primer ministro o del presidente de cualquiera de las cámaras legislativas. Las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias deben serles sometidas forzosamente. Si la decisión del Consejo es contraria a la validez constitucional de la ley o reglamento, su pronunciamiento importa su nulidad: no puede ya promulgarse ni ponerse en vigor (art. 62).

Admitamos que se ha creado un tribunal constitucional con fuerte autoridad. Pero ofrece blanco a dos serias objeciones. Primero, por su constitución de raíz política y la periodicidad de las funciones de sus miembros, que le resta independencia y auténtica jerarquía de tribunal judicial; segundo, porque el juicio en abstracto de la ley, antes de observarla en su aplicación, y mediante una decisión única y definitiva, puede tanto malograr por un juicio apresurado un instrumento útil y valioso, como validar —y ya sin recurso— una ley repugnante a la Constitución, cuyo vicio no se advirtió precisamente porque se juzgó en abstracto y bajo el apremio de términos angustiosos (un mes que puede reducirse a ocho días).

<sup>6</sup> JEAN CHATELAIN: *Op. cit.*, pág. 173.

9. — El sistema de confiar a un alto tribunal judicial el control de constitucionalidad es el más generalizado, pero con manifiesta tendencia a substraer a estas funciones a los más elevados tribunales de la jurisdicción común. Prácticamente es un organismo específico, menos político pero tampoco decididamente judicial, pues sin estar colocado en el cuadro de la administración de justicia se vincula a ella en el conocimiento de ciertos recursos relacionados con la competencia suprema que se le atribuye en materia de orden constitucional. No olvidemos que en Europa la noción de "Poder Judicial" es generalmente desconocida<sup>2</sup>, y que aun entre los poderes políticos los límites no siempre son netos, de modo que no constituye motivo de preocupación el encuadre exacto de un órgano en la distribución de las competencias de poder.

La Constitución austriaca de 1920 instituyó un Tribunal Constitucional de este tipo. Sus miembros eran elegidos por vida por el Consejo Nacional (Diputados) y por el Consejo Federal (Senado). Entre sus muchas atribuciones de tribunal político, le estaba reservada privativamente la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes a requerimiento de los gobiernos federal o locales, o a instancia de un tribunal ordinario de justicia. También podía hacerlo de oficio cuando la ley viciada hubiera de constituir la base de un fallo del Tribunal Constitucional. Declarada la inconstitucionalidad, la ley u ordenanza quedaba automáticamente privada de vigor, y el canciller federal o el jefe del "land" (Estado local) estaba obligado a dar inmediata publicidad al fallo invalidatorio (art. 140).

Este tribunal nada tenía de común con el Tribunal Supremo de Viena, cabeza e instancia última de la organización judicial austriaca (art. 92), pero sin facultades para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley. Si en el curso de una causa un tribunal común, o el propio Tribunal Supremo, reputase inaplicable una ley por ser repugnante a un principio constitucional, deberá suspender el pronunciamiento y proponer al Tribunal Constitucional la declaración pertinente que sólo éste puede producir (artículo 89).

Una ley preconstitucional de Checoslovaquia del año 1920 estableció también un Tribunal Constitucional de extracción política, similar al austriaco, y con facultades privativas en la materia que estamos tratando. Sin embargo en la Constitución que en ese mismo año se dictó — una de las pocas de su tiempo que instituye un "Poder Judicial" — se acordó a la justicia ordinaria la potestad de examinar la validez constitucional de las leyes desde

<sup>2</sup> En la Constitución francesa de 1958 "el presidente de la República es el garante de la independencia de la autoridad judicial", expresión que revela una relación de subordinación o de tutela que en la práctica llega a extremos que hacen indistinguible el status del magistrado del de cualquier funcionario administrativo.

el punto de vista formar de su sanción, mas no por razón de su contenido substancial.

Parejos organismos híbrida mezcla de tribunal judicial y de alto consejo político, se observan en las constituciones alemanas de Weimar (1919) y de la actual República Federal de Bonn. La Carta que se dió a la República Española de 1931 establecía un Tribunal de Garantías Constitucionales con competencia parecida a la de la Constitución austríaca, pero la declaración de inconstitucionalidad sólo podía obtenerse por vía de recurso o de consulta, no admitiéndose el procedimiento de oficio. Lo peculiar de este tribunal en su constitución es en la que se procuró atenuar la gravitación del elemento político. Están representados en él el Parlamento, la administración y las regiones autónomas, pero también los Colegios de Abogados y los profesores de las Facultades de Derecho. No por heterogénea esta composición deja de ofrecer positivas garantías de preacendencia política y de acierto, y si se agrega a ello que el conocimiento de los casos le puede ser llevado tanto por vía de consulta como de recurso, el arbitrio ideado —perfeccionamiento del que Kelsen construyó para Austria— ofrecía una solución muy bien concebida al problema de la preservación de la autoridad de la Constitución.

En la última reforma constitucional uruguayo se adoptó un sistema que tiene algunos puntos de contacto con el criterio predominante en Europa. "Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de su forma o de su contenido" (art. 256), pero esta facultad compete a la Suprema Corte en forma original y exclusiva (art. 257), y si la cuestión fuera planteada ante un juez o tribunal inferior, éste debe suspender el pronunciamiento y elevar la causa a la Corte para su decisión sobre el punto constitucional debatido, tal como estaba previsto en la Constitución austríaca y en las que siguieron su inspiración. Cabe destacar que en el Uruguay es posible que los jueces procedan de oficio a elevar un caso a la Suprema Corte si consideran que se verán expuestos a aplicar una ley que reputan inconstitucional.

10. — El caso uruguayo ofrece los caracteres de un sistema de transacción entre el tipo general europeo de ponderación constitucional por tribunales especiales, y el característico de las constituciones argentina y norteamericana. Si bien el juicio es deferido a un tribunal judicial dentro del cuadro del respectivo poder, y puede producirse en el curso de cualquier contienda ordinaria, ningún juez inferior puede declarar la ineficacia constitucional de una ley, manteniéndose así un resabio de desconfianza hacia los jueces de cualquier grado, con lo que la Suprema Corte viene a constituirse en una especie de tribunal de garantías cuyas decisiones en esta materia no le competen en el ejercicio del poder jurisdiccional común, acercándose a la configuración de una atribución de control político.

### III — LOS TRIBUNALES ARGENTINOS Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

11. — Entre nosotros, con un texto constitucional substancialmente idéntico al de los Estados Unidos de América, la doctrina elaborada en aquel país ha sido recibida plenamente. Es seguro razonamiento del juez Marshall sigue siendo la cartilla elemental en la materia, y la facultad de cualquier juez de abstenerse de aplicar una ley del Congreso o de una legislatura, ordenanza, decreto, o hasta una constitución provincial, que juegue contraria a la Constitución federal, se reputa una consecuencia indiscutible del orden que debe observar de acuerdo con el art. 31 de la Carta Fundamental. También tenemos nuestro caso magistral en la sentencia de la Corte Suprema de la Nación en que se expuso por primera vez, y en forma brillante y acabada, la doctrina argentina coincidente con la del modelo inspirador. Dijo entonces nuestro alto tribunal "que es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen Y EL DEBER EN QUE SE HALLAN los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional, y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos; que tal atribución es, por otra parte, un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario, que hace la Constitución, y de la naturaleza subordinada y limitada de este último." (Municipalidad de la Capital c/Elriondo. Fallos, t. 33, pág. 162).

La peculiaridad de nuestro sistema está en su flexibilidad, en que el juzgamiento circunstancial de la ley carece de la trascendencia espectacular propia de los actos de contenido político, y en que es el ejercicio ordinario de la función judicial de optar entre normas contradictorias de diferente jerarquía.<sup>32</sup>

El juez no se enfrenta con el legislador o con el poder administrador. No juzga su conducta ni interfiere en el ejercicio de sus respectivas facultades. Se limita a aplicar la ley de acuerdo a las normas expresas de la Constitución, y así no hace otra cosa que

<sup>32</sup> "Cuando un juez, cualquiera que sea su jerarquía, al decidir una cuestión que se le somete por las partes se encuentra con que hay dos leyes contrarias, está obligado a elegir una de ellas. Cuando la contradicción es entre una ley calificada de superior y otra que no lo es, o una ley superior y otra inferior, el juez tiene que decidirse en favor de la ley superior o superior. La facultad de los jueces de decidir en cada caso cuál es el derecho aplicable es lo que constituye en realidad la esencia del poder judicial". José Nicolás Marcano: *Lecciones de Derecho Constitucional*, pág. 211. Buenos Aires, 1926.

obedecer los mandatos de la ley fundamental en la esfera de su propia acción. Y, para preclarar con mayor rigor este ceñimiento a sus funciones, los jueces sólo pueden pronunciar incidentalmente la inconstitucionalidad de la ley, porque no existe en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que tal declaración sea el objeto mismo y esencial del pleito. No se puede reclamar ante ningún tribunal nacional argentino que sea declarada la ineficacia constitucional de una ley por el solo hecho de hallarse en pugna con la Constitución<sup>11</sup>. Lo que se demanda es la reparación de un perjuicio derivado de la aplicación de la ley reputada contraria al orden jurídico establecido, o la cesación o supresión de sus efectos en razón del agravio a un interés concreto, o la aplicación preferente de otra ley que excluye a la primera por conformarse al orden del art. 31 de la Constitución, pero teniendo siempre en vista el interés de orden privado que mueve la acción del peticionante. La decisión se pronunciará en un caso o controversia judicial que versará sobre asuntos de la esfera del interés particular de los litigantes, con cuyo motivo la disputa constitucional se abre<sup>12</sup>, y el pronunciamiento se referirá a la especie debatida donde el juez aplicará la ley que considere apropiada según las circunstancias y el orden constitucional. Si al fallar estima que la ley impugnada no es aplicable según el art. 31, prescindirá de ella, juzgando conforme a la que estime vigente para el supuesto concreto. No tendrá que "declarar" la inconstitucionalidad de la ley preterida, sino simplemente fundar su apartamiento de ella. Y si hace una declaración solemne, innecesariamente, las consecuencias no trascenderán, de todos modos, del caso juzgado<sup>13</sup>.

12. — Ni aún los pronunciamientos de la Corte Suprema tienen el alcance de invalidar la ley "declarada" inconstitucional. "Al pronunciarse el Poder Judicial —ha dicho la Corte— sobre la constitucionalidad de una ley, lo hace con referencia exclusivamente al caso traído a su jurisdicción, es decir que no resuelve en abstracto el punto constitucional controvertido en el juicio, pues ello importaría entorpecer la acción independiente de los otros departamentos de gobierno"<sup>14</sup>. Y más tarde volvió a expresar

<sup>11</sup> En la provincia de Buenos Aires esto es posible. La Suprema Corte tiene, según el art. 143, inc. 1°, de la Constitución local, competencia originaria para resolver acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, etc., por vía de acción, y el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial (arts. 371 y sigtes.) reglamenta el proceso de esta demanda o acción de inconstitucionalidad, para cuya legitimación basta que el actor sea parte interesada comprendida en las disposiciones de la ley impugnada y que se sienta agraviada porque le debe ser aplicada. La posibilidad de ejercicio de esta acción conyugal de inconstitucionalidad hace de la Corte bonaerense, eventualmente, un verdadero poder de control constitucional en abstracto, pues en casos como el propuesto la acción tiene carácter preventivo y la defensa del precepto agraviado se hace antes que la aplicación concreta de la ley viciada sea intentada aplicar.

<sup>12</sup> C. S. N., "Fallos", 242-262, 263-177.

<sup>13</sup> C. S. N., "Fallos", 139-65, 183-76, 184-358, 303-18.

<sup>14</sup> C. S. N., "Fallos", 139-65.

que "el tribunal no decide la conformidad o disconformidad de las leyes o decretos con la Constitución, sino que dejando a salvo la independencia y autoridad de los otros poderes, resuelve si en el caso concreto y definido los preceptos legales o reglamentarios se ajustan o no a los principios constitucionales"<sup>12</sup>. En sentencia muy reciente concretó una nota de cordura que caracterizó a nuestra Corte Suprema en casi toda su historia, diciendo que "sólo decide la inconstitucionalidad cuando no le queda la vía de optar por la interpretación constitucional de la ley. La Corte al ejercer el control de constitucionalidad de la ley debe imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosa del uso de las facultades propias como en el respeto de la esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a los otros poderes y a las autonomías provinciales"<sup>13</sup>.

13. — Nuestra Corte Suprema es un tribunal exclusivamente judicial —la Constitución no le atribuye poderes políticos— y se ha mostrado siempre celosa de mantenerse en el plano de equilibrio y prescindencia que le compete. Esto acreció su prestigio tradicional y da a sus decisiones toda la prestancia propia de los fallos judiciales de óptima jerarquía. Ése es el sello del llamado control de constitucionalidad que ejerce en grado supremo (arts. 100 y 101 Const. Nac.). Resuelve conflictos concretos y no entiende dar directivas a los otros poderes, pero cada vez que la acción de éstos en infracción de normas constitucionales, lesiona intereses legítimos, los agraviados hallarán en el Poder Judicial el amparo de las normas menoscabadas; no porque la administración de justicia emiende al legislador o al ejecutivo, sino porque es de la esencia de la misión constitucional del Poder Judicial decidir el derecho de las personas cuando fuere negado, contradicho o desconocido; es la función propia del poder jurisdiccional, y su ejercicio legítimo no puede tener la significación de un avance sobre la competencia de los demás departamentos de gobierno. Por ello el carácter de amparo del interés privado que tiene la función judicial en tales circunstancias, ha sido precisado por la Corte Suprema recientemente, diciendo: "Es principio jurisprudencial, fundado en ponderables razones de prudencia que la elucidación de la cuestión de la invalidez de las normas impugnadas de inconstitucionalidad sólo es pertinente para los jueces en la medida necesaria para el reconocimiento del derecho que asiste a las partes que las objetan"<sup>14</sup>, señalando una valla más que la prudencia y la discreción judicial no debe ultrapasar, y que contribuye a ubicar con precisión en el juego institucional argentino la entidad de ese poder limitado y objetivo para juzgar de la constitucionalidad de la ley.

<sup>12</sup> C. S. N.: "Fallos", 183-319.

<sup>13</sup> C. S. N.: "Fallos", 242-75.

<sup>14</sup> C. S. N.: "Fallos", 243-65, citando los contenidos en 190-142 y 183-158.

#### IV. — ¿PUEDE EL JUEZ ARGENTINO DECLARAR DE OFICIO LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES?

14. — Hecha esta sumaria revista panorámica de los modos y alcances de la revisión constitucional de la ley, voy a contraerme al tema propuesto.

Corresponde fijar, en primer lugar, el sentido de la expresión "declaración de oficio". Los jueces obran de oficio cuando su actividad no ha sido provocada por petición de parte interesada, cuando su acto es espontáneo, sin obedecer a un requerimiento externo sino a un impulso de su conciencia. Tomada la expresión en toda su latitud supondría interrogarse si un juez puede, por propia iniciativa, y sin que su actividad jurisdiccional fuera impulsada, declarar la inconstitucionalidad de una ley. La respuesta no ofrece dudas. Un comportamiento tal sería extraño al modo propio de proceder del Poder Judicial, cuya función es decir el derecho de las partes a requerimiento de quien tiene interés en accionar. Pues así como no basta que haya un juez presto a hacer una declaración sobre una materia determinada, tampoco es suficiente que alguien la reclame; es preciso que quien la demande tenga interés en hacerlo, que ese interés sea legítimo e importe la decisión de una contienda particular, concreta. En suma: un caso. Véase, pues, cuán lejos estamos de la posibilidad de una declaración espontánea y abstracta de inconstitucionalidad por cualquier juez, sea cual fuere su jerarquía o jurisdicción.

Por lo demás, como hemos visto, esta clase de decisiones no pueden producirse sino en una contienda judicial, y sin más alcance que al caso juzgado. Fuera de una controversia donde la cuestión constitucional se suscite en la disputa de los intereses contradictorios, y donde el juez se vea precisado a elegir la ley que debe aplicar, la declaración de inconstitucionalidad es inconcebible. Además, sería estéril e involucraría un decidido acto de hostilidad hacia los otros poderes del Estado.

15. — En un sentido más restringido se entiende por "declaración de oficio" la que pronuncia un juez, mediando controversia regularmente planteada ante sus estrados, y en la que resuelve no aplicar una ley que reputa inconstitucional, no obstante no haber sido objetada su validez por las partes en litigio; cuando el problema constitucional no es parte de la controversia.

Ahora la cuestión no es tan sencilla. Si bien el juez está obrando dentro de un caso sometido a su decisión, ninguna de las partes cuestionó la validez constitucional de la ley, por lo que, si se resuelve a plantearse la cuestión la habrá introducido en el pleito con prescindencia de la intención y de la voluntad de los litigantes, pronunciándose sobre un punto ajeno al litigio; y los jueces tienen el deber de fallar con arreglo a las acciones deducidas (art. 216, Cód. de Ptos. Cív.), es decir decidiendo las cuestiones que le son sometidas, y no otras. Claro está que el derecho invo-

cado por las partes puede ser erróneo y el juez no se encuentra stado a las citas legales del litigante, sino que aplica el derecho que entiende que rige el caso, según el milenarismo principio que se condensa en la fórmula latina "iura novit curia". Sería aventurado, sin embargo, hacer viable la discusión constitucional de una ley, no impugnada por parte alguna, por el solo pretexto de que el juez debe conocer y aplicar la norma pertinente aún ante el silencio o el error del interesado. No se trataría aquí de la aplicación de la regla apropiada, sino de la existencia o no de un capítulo de contienda. Y también de saber si el juez tiene poderes para violar el acuerdo expreso o tácito de las partes de aceptar como buena una ley que el magistrado reputa, en opinión suya, sin eficacia vinculatoria.

16. — Recordemos que el fundamento mismo de la facultad judicial de no aplicar una ley que considera inconstitucional, está en la prescripción imperativa del art. 31 de la Constitución, que establece un orden de prioridad para decidir en caso de colisión de normas. De donde cada vez que el juez se encuentra en el deber de elegir entre una regla que se acuerda con la Constitución y otra que la repugna, deberá necesariamente optar por la que se conforma con la ley suprema.

En nuestra doctrina se ha sostenido —y algún eminente jurista lo sigue sosteniendo aún— que ese poder debe ser ejercido inexcusablemente por los jueces cuando se enfrentan con el problema de tener que aplicar una ley que estimen constitucionalmente ineficaz, aunque no mediase impugnación específica de inconstitucionalidad; y aún se afirma que es una obligación suya que deriva del art. 31 de la Carta Fundamental, y a la que no puede substraerse sin violar sus deberes<sup>24</sup>.

Así lo había entendido la Cámara de Apelaciones de Mercedes (Buenos Aires) en un viejo fallo<sup>25</sup> donde expresó que las cuestiones de inconstitucionalidad no sólo deben resolverse de oficio, sino con carácter previo. No parece, sin embargo, haber reincidido en aquella tesis, pues no tengo noticia de que la mantuviese ulteriormente.

Hugo Albina se pronuncia en favor de la decisión de oficio "cuando esa declaración sea indispensable para asegurar un derecho, garantía o exención" asegurada en la Constitución<sup>26</sup>, y

<sup>24</sup> La antigua Cámara Civil Segunda de la Capital, juzgando en apelación una sentencia que había declarado la inconstitucionalidad de un decreto del gobierno defacto, dijo: "Para llegar a ese resultado no era necesario oír a la parte ni que la cuestión hubiese sido planteada en primera instancia... el tribunal ha podido proceder aún de oficio en cumplimiento del deber ineludible que se le impone a todo magistrado... de observar por sobre todo los preceptos de la Constitución como ley suprema de la Nación..." (7 de agosto de 1945). "Jurisprudencia Argentina", 1945-IV, pág. 238.

<sup>25</sup> 6 de agosto de 1920. "Jurisprudencia Argentina", t. 5, pág. 176.

<sup>26</sup> Hugo Albina: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal*, 3ª edic., t. II, pág. 79. Buenos Aires, 1957. *La Justicia Federal*, pág. 165. Buenos Aires, 1931.

del mismo modo piensa Pablo A. Ramella<sup>16</sup>, quien hace girar su razonamiento sobre el principio de que una vez cometido el caso a la decisión judicial, como el juez puede y debe suplir el derecho no invocado por las partes, es obligación del magistrado aplicar en primer término la Constitución.

Lo cierto es que son excepcionales los casos de los tribunales argentinos que se aventuran a obrar de oficio e nesta materia —por lo menos de manera ostensible<sup>17</sup>—, de ahí que una sentencia como la dictada por la Cámara Segunda Civil y Comercial de Córdoba, el 24 de agosto de 1956, adquiriera contornos de сенación<sup>18</sup>, no sólo porque afrontó la responsabilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley nacional muy controvertida, sino por el espíritu un tanto polémico que trasuntan los votos de los jueces. Tratábase de una cuestión de competencia planteada por declinatoria entre una Cámara Paritaria de la ley 13.246 y un juzgado local, y la Cámara de Apelación cordobesa declaró que las leyes 13.246 y 13.897 eran repugnantes a la Constitución Nacional y que los tribunales por ellas creados no tenían jurisdicción ni eran tribunales de justicia. Revindicó para sí la facultad de pronunciarse en ese sentido, aun sin petición de parte, pues “cuando los tribunales deben aplicar una ley en sentido material, lo primero que deben establecer es su conformidad con la Constitución Nacional, de suerte que si hay colisión de conceptos, si repugna la ley a los principios constitucionales, los magistrados deben declarar inaplicable la ley, cuestionada o no cuestionada”.

17.—Se hace necesario señalar aquí que la sentencia que acabo de mencionar ofrece una modalidad que obliga a considerar el caso en particular. La cuestión planteada era un problema de competencia en que el excepcionante requiere del tribunal que decline la competencia que le correspondía como juez local para la aplicación del derecho común. La declinatoria debía producirse a favor de una de esas Cámaras Paritarias creadas por las leyes 13.246 y 13.897, que dependen del Poder Ejecutivo (Ministerio de Agricultura) y que administran justicia en los territorios de las provincias al margen de las más elementales normas de nuestro derecho constitucional. La médula del conflicto no era una cues-

<sup>16</sup> Pablo A. Ramella: *La Estructura del Estado*, pág. 402. Buenos Aires, 1946. El autor cita anteriormente una sentencia de la Corte Suprema (“Fallos”, 11-257) como sosteniendo la tesis a que adhiere. En realidad en ese fallo nada dijo la Corte sobre la declaración de la inconstitucionalidad de oficio. Quien lo sostuvo fue el juez federal Dr. Zavalera, cuyos votos no recogió el alto tribunal.

<sup>17</sup> Tal ocurre con relevantes decisiones de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en que se resuelve que los juicios de desahajo deben ser juzgados de acuerdo a la ley vigente al tiempo de trabarse la relación procesal, no obstante las disposiciones en contrario de las leyes posteriores que imponen a los jueces sentencias conforme a las reglas de las leyes nuevas, que declaran aplicables de inmediato y de orden público. Las pronunciamientos de la Suprema Corte (“Ac. y Sent.”, 1956, II, págs. 393, 713, etc.) hacen presunción de una norma del legislador sin petición de parte y sin declaración expresamente inconstitucional.

<sup>18</sup> “La Ley”, t. 83, pág. 353.

tión de interés privado, sino un problema de orden público como es la defensa de la jurisdicción propia de los tribunales locales de una provincia, invadida por un organismo administrativo nacional. No se trataba, tampoco, de un caso de jurisdicciones concurrentes en que las competencias pueden ser optativas o prerrogativas. En la especie se intentaba sustraer a la autoridad de los tribunales provinciales el conocimiento de una causa que les competía constitucionalmente, y quien se la disputaba era una dependencia administrativa nacional que adoptaba la irrita postura de tribunal judicial. En defensa de sus atribuciones constitucionales el tribunal de Córdoba pudo obrar de oficio, pues las prerrogativas propias de los órganos de poder no pueden estar expuestas a la negación por falta de defensores particulares, ni requieren la iniciativa de éstos para preservarse a sí mismos, que es la preservación del orden supremo del Estado: el orden público por excelencia.

No olvidemos que fué precisamente un caso bastante similar al expuesto el que sirve de pristino origen a la doctrina de la revisión constitucional de las leyes por los jueces en un régimen constitucional como el nuestro. En efecto, en el caso de *Marbury c/Madison* la Corte Norteamericana declaró de oficio la inconstitucionalidad de la *Judiciary Act* que le atribuía una competencia extraña a la fijada por la Constitución, permitiéndole la interferencia en los actos privativos de otro poder del Estado. La Corte se rehusó a aceptar un poder de quien no podía dárselo, e invalidó la ley que ampliaba sus atribuciones, que, consideró, sólo podían provenir de la Carta Fundamental.

18. — La tradición invariable de nuestra Corte Suprema se pronuncia por la negativa del ejercicio judicial de la facultad de control constitucional si no media concreto requerimiento de parte. Es condición esencial de la organización del Poder Judicial la de que no le es posible controlar por su propia iniciativa —dijo en una ocasión— los actos legislativos o los decretos de la administración<sup>28</sup>, ni puede hacerlo si la cuestión de inconstitucionalidad no ha sido concretada en la demanda ni sostenida en el alegato<sup>29</sup>. Y en el caso *Morales c/Cánovas*<sup>30</sup> llegó a revocar una sentencia que había pronunciado una inconstitucionalidad de oficio porque la nulidad por inconstitucionalidad debe ser alegada y probada en juicio. "Es cierto —admitió la Corte en otro caso— que en alguna oportunidad fué resuelto por el tribunal que puede aún de oficio avocarse al examen de las actuaciones de la causa que se digan o aparezcan realizadas con violación de los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia; pero ello solo se juzgó viable como recaudo de excepción,

<sup>28</sup> C. S. N., "Fallos", 130-142.

<sup>29</sup> C. S. N., "Fallos", 194-408.

<sup>30</sup> "La Ley", t. 82, pág. 684.

destinado exclusivamente a evitar que los magistrados intervinientes se apartasen de las normas o reglamentos a que debían someter su desempeño”<sup>21</sup>, con lo que no se aleja de su línea trazada, pues tratábase de un característico caso de ejercicio de su superintendencia, es decir en función de atribuciones privativas. A esta regla definitivamente invariable<sup>22</sup> responden diversas decisiones de los más distintos tribunales del país, como la Cámara Civil Primera de la Capital<sup>23</sup>, la Cámara Federal de la Capital<sup>24</sup>, la Suprema Corte de Mendoza<sup>25</sup>, La Cámara Federal de Bahía Blanca, en una sentencia bien fresca<sup>26</sup>, dijo, planteando una variante novedosa, que los actos de los poderes públicos tienen la presunción de legitimidad “salvo que dicha constitucionalidad fuere expresamente cuestionada, o que el acto afecte o roce prerrogativas esenciales del otro poder, subordinándolo, en cuyo caso no sería a un órgano subalterno del Poder Judicial —Juez o Cámara— a quien competiera el respectivo planteamiento, sino a la propia Corte Suprema”. Pareceme que esta última tesis es errónea. Cuando el acto inconstitucional afecta a las prerrogativas del Poder Judicial, el juez de la causa en que el acto se intenta hacer valer debe pronunciarse de oficio sobre su inconstitucionalidad. No se trata de la defensa “personal” de los privilegios de la Corte, sino del restablecimiento de los valores constitucionales en punto al discernimiento de las competencias supremas, y el juez preserva el orden constitucional perturbado. Debe defender el orden establecido en la Constitución recabando para el poder que representa la plenitud de sus atribuciones constitucionales. La Corte Suprema “representa” al Poder Judicial, como cabeza visible que es, pero cada juez, cualquiera sea su jerarquía, inviste la plenitud del Poder Judicial en el momento en que realiza el acto de juzgar.

19. — La Corte Suprema, como los tribunales inferiores de la nación, no son más que eso: tribunales de justicia. Cierto es que en nuestro régimen político la organización judicial está constituida en poder del Estado; pero un poder que, al igual que los demás, obra con facultades y dentro de una esfera de acción delimitada por las reglas de la Constitución. Y si pretende ser guardiana del orden jurídico —pretensión que ya señalé como excesiva en tanto se considere esa atribución como exclusiva— debe comenzar por respetarlo. El poder judicial administra justicia y nada más, y si intenta invadir las competencias de los otros poderes erigiéndose en su mentor o en su censor, aunque fuera con la mejor de las intenciones para preservar el orden constitucional,

<sup>21</sup> C. S. N.: “Fallos”, 343-118.

<sup>22</sup> Más casos, entre muchos: C. S. N.: “Fallos”, 190-142, 199-448, 204-67, 205-163 y 543, 234-344- 242-128.

<sup>23</sup> “Jurisprudencia Argentina”, t. 34, pág. 67.

<sup>24</sup> “Jurisprudencia Argentina”, t. 50, pág. 796.

<sup>25</sup> “La Ley”, t. 90, pág. 363.

<sup>26</sup> “La Ley”, del 5 de octubre de 1959, fallo número 43.961.

lo romperá en el momento mismo en que extralimite su función específica. Mientras administre justicia aplicando la ley que repa- te acorde con la del ordenamiento supremo, y rehusándose a re- conocer poder vinculatorio a la ley que infringe la Constitución, ejercerá sus propias atribuciones; fuera de ellas se expone a en- trar en conflicto con otras competencias constitucionales. "Si an- ticipándose a un requerimiento de parte legítima avanzara una Corte de justicia declaraciones generales acerca de la legitimidad con que hayan procedido los otros poderes del gobierno —escribe Carlos de la Vega<sup>27</sup>— de hecho quedarían éstos supeditados a aquélla y el principio del armónico equilibrio que debe presidir su funcionamiento desaparecería desde luego."

20. — La Corte —y con mayor razón los tribunales inferio- res— conoce y decide en "causas", como lo prescribe el art. 109 de la Constitución Nacional, es decir en controversias concretas entre partes, y debe pronunciarse sobre las cuestiones debatidas haciendo justicia a los litigantes, que no otra es su función. Sólo si para "dar a cada uno lo suyo" conforme al derecho vigente en- cuentra a modo de obstáculo una ley en franca colisión con las normas superiores del ordenamiento del art. 31, le es lícito allanar- lo haciendo a un lado esa ley que constitucionalmente no obli- ga. Pero ese obstáculo debe ser real, y el conflicto no tener otra solución. "La Corte no debe entrar a decidir cuestiones sobre va- lidez constitucional de la legislación a menos que estas cuestiones se planteen y tengan que ser necesariamente resueltas", escribe Charles Evans Hughes<sup>28</sup>, y Manuel García Felayo acota: "es decir cuando carezca de otro fundamento legal, pero no cuando exista éste, o cuando la decisión de anticonstitucionalidad no encierre consecuencias jurídicas prácticas para las partes"<sup>29</sup>. No hace mu- cho dijo la Corte misma<sup>30</sup> que "la elucidación de las cuestiones de invalidez de las normas impugnadas de inconstitucionalidad sólo es pertinente para los jueces en la medida necesaria para el reconocimiento del derecho que asiste a la parte que las objeta" o "cuando no le queda la vía de optar por la interpretación con- stitucional de la ley".

Se impone, así, la conclusión de que la declaración de inconsti- tucionalidad de la ley por los jueces nunca puede ser un fin: es sólo un medio para alcanzar su objeto específicos de administrar justicia. Y como en esa función lo primordial es dar satisfacción al derecho de las partes, que son intereses privados, la cuestión de la constitucionalidad de las leyes se convierte en problema in- cidental que únicamente aflora a la problemática de la sentencia

<sup>27</sup> "Jurisprudencia Argentina", t. III, pág. 469.

<sup>28</sup> "La Suprema Corte de los EE. UU.", pág. 51. Fondo de Cultura Económica, México, 1946.

<sup>29</sup> *Id.*, *id.*, pág. 431.

<sup>30</sup> C. S. N., "Fallar", 243-65 y 243-73.

en función de un agravio a un interés particular, y que ese agravio funde por esa razón el reclamo judicial.

Esta afirmación no menoscaba ni resta jerarquía a la augusta atribución jurisdiccional de calificar la ley para encuadrarla en el orden de primacías del art. 31 de la Constitución, pero hay que recordar que la actividad del juez se debe rigurosamente a las pretensiones que se hacen valer en el proceso, y que en tanto se ventilan cuestiones que pertenecen al interés privado, el problema constitucional no nace si ese interés privado no lo suscita. Vuelvo, pues, a las palabras escritas en los comienzos de este trabajo cuando expresé que las grandes frases como "guardián de la Constitución" y "control jurisdiccional" mueven a engaño por excesivas. Los jueces son guardianes de la Constitución y ejercen el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes cuando se los requiere para ello, en causa legalmente trabada, por parte que tiene interés personal y legítimo, y la declaración de inconstitucionalidad se hace necesaria para impartir la justicia que se demanda<sup>21</sup>.

21. — Pero puede ocurrir que en la contienda judicial una de las partes invoca en su favor una ley que el juez reputa contraria a la Constitución, y el oponente funda sus defensas en otras razones que la inconstitucionalidad de la norma que sustenta la acción. Puede ocurrir también que una y otra parte asienten sus pretensiones en disposiciones evidentemente inconstitucionales, y en ninguno de los casos los litigantes cuestionen la validez obligatoria de la ley. ¿Podría el juez, juzgando con su personal criterio jurídico, decidir el caso precludiendo por razón de inconstitucionalidad, de las leyes invocadas o aceptadas como buenas por los interesados?

Parecería, en principio, que sí, puesto que el juez debe aplicar las leyes acatando el orden de prioridades del art. 31. Esto es lo que sostiene Rafael Bielsa, para quien la aplicación de las leyes en el orden constitucional "es siempre regla inefragable para todos los tribunales de cualquier fuero, jurisdicción y jerarquía, nacionales y provinciales. Cuando ellos deben aplicar una ley en sentido material lo primero que deben establecer es su conformidad con la Constitución Nacional, que es ley suprema"<sup>22</sup>. Esto es cierto; pero no perdamos de vista que la función judicial no tiene el destino específico de controlar la validez constitucional de las leyes sino el de administrar justicia a los sujetos que la piden. Y si lo que piden o disputan son derechos o intereses de su entera disponibilidad, nada ni nadie puede impedirles que renuncien al ejercicio de unos o a reclamar los otros. Para el litigante el objeto del pleito es la reparación de un agravio, la exigencia del cum-

<sup>21</sup> En este sentido Joaquín V. González: *Manual de la Constitución Argentina*, N° 314.

<sup>22</sup> RAFAEL BIELSA: *La Protección Constitucional y el Recurso Extraordinario*, pág. 45, 2° edic. Buenos Aires, 1958.

plimiento de una obligación o el reconocimiento de un derecho. Si para la más cumplida satisfacción de sus pretensiones se opone una ley inconstitucional y no reclama la declaración de su ineficacia, ello no importa la renuncia a un derecho de orden público, ni se hace cómplice de la infracción de una norma de la ley fundamental: sólo ha renunciado a un derecho que interesa a su persona o a su patrimonio, un interés de que puede disponer libremente, y que el juez no puede obligarle a ejercer. Por eso, la renuncia a impugnar la validez de una ley —aun tícita es perfectamente lícita, y el juez no puede sustituir al renunciante cuestionando una materia que no integra la relación procesal. La Corte Suprema ha resuelto inúmeras veces que el vicio de inconstitucionalidad de la ley, cuando afecta la esfera del derecho privado, es consentible. "La garantía, el derecho o el privilegio federales que asistieron al litigante pueden ser renunciados por vía del consentimiento"<sup>20</sup>. La actitud definida que supone reconocer la validez de una ley u ordenanza debe ser considerada como una renuncia a impugnarla después<sup>21</sup>. Quien ha invocado a su favor una ley no puede atacarla luego de inconstitucionalidad<sup>22</sup>. La convención que somete a árbitros determinadas cuestiones de naturaleza económica, inhabilitan a los contratantes para impugnar la validez constitucional de la intervención de los mismos<sup>23</sup>. Abundan las decisiones de la Corte en que declaró tardío el cuestionamiento de la constitucionalidad de las Cámaras Paritarias de Arrendamientos y Aparcerías Rurales de las leyes 13.246 y 13.897, porque el ataque era llevado por quien había acudido espontáneamente a ellas, o había consentido su competencia como demandado. Convento, ello no obstante, que ese obstáculo viene demorando —tal vez demasiado— una impostergable condenación de inconstitucionalidad de estos absurdos "tribunales", repugnantes por muchos motivos a los principios más esenciales de nuestra Carta Fundamental. Razón tiene, y sobrada, el eminente jurisconsulto que se oculta bajo el seudónimo de Prócuro o Nerva en las incisivas notas de la revista "La Ley", con que fustiga la mora de nuestra Corte Suprema en marcarlos de una buena vez con el sello de la invalidez constitucional.

22. — Si es correcta la constante jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de que el consentimiento del vicio de inconstitucionalidad cierra la vía de impugnación, la validez de la tesis es circunscribe, repito, a la esfera del interés privado. Cuando el orden público está interesado no hay nulidad convalidable ni vicio purgado. Esto es de doctrina elemental. Los particulares pueden declinar derechos y renunciar privilegios o garantías, pueden

<sup>20</sup> C. S. N.: "Fallos", 183-459, 189-124.

<sup>21</sup> C. S. N.: "Fallos", 182-242, 182-437, 183-444.

<sup>22</sup> C. S. N.: "Fallos", 184-361. "La Ley", 30 de octubre de 1950, folio 44-013.

<sup>23</sup> C. S. N.: "Fallos", 187-458.

desprenderse de sus bienes y hacer abandono de todos sus intereses. Pero los poderes públicos no están facultados para hacer dejación de sus deberes o responsabilidades, ni para renunciar a las atribuciones y competencias establecidas por la Constitución. Así como el legislador no puede renunciar al derecho y al deber de legislar —a menos que renuncie al cargo y dejará de ser legislador— ni el presidente de la Nación puede consentir que gobierne por él quien no tiene calidad constitucional para ello, los tribunales de justicia —el Poder Judicial— no pueden contemplar impensables que la función jurisdiccional que les viene, privativa, de la Constitución, sea ejercido por personas que no traen la investidura constitucional de jueces.

Cuando la Corte Suprema —o otro tribunal con competencia en el caso dado— conoce en una causa donde advierte que comisiones de extracción administrativa ejercen facultades judiciales desplazando al órgano creado por la ley suprema con jerarquía de poder, no se halla frente a un problema de interés privado cuyo consentimiento cierra al interesado la vía de impugnación. El caso ofrece como espectáculo un profunda subversión del orden constitucional en que está rudamente afectada la autonomía y el ámbito de poder que es privativo de un departamento de gobierno. La Corte Suprema no puede dejar de pronunciarse sobre la "incompetencia" de las Cámaras Paritarias, porque el avance del poder administrador desplazando a los jueces de la Constitución no es susceptible de ser constatado por los particulares, ni puede ser consentido por el Poder Judicial sin declinar las facultades que le dió la Constitución para usarlas al servicio del orden jurídico establecido en nuestra Carta Magna. La función de guardiana de la Constitución no le ha sido señalada de una manera precisa ni exclusiva, pero por el solo hecho de ser cabeza de uno de los poderes del Estado, la guardiana le está impuesta como carga de cumplir los mandatos de la ley suprema, y preservar su intangibilidad, defendiendo la porción de autoridad de que es depositaria.<sup>81</sup>

22. — En suma, concluyo que no es discutible la imposibilidad en que los jueces argentinos se encuentran de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, si el agravio derivado del vicio sólo afecta la esfera de los intereses privados; pero que si la decisión que deben pronunciar toca al orden público, particularmente a la materia esencial del supremo ordenamiento constitucional como el referido a las altas competencias del poder, y se ponen en conflicto las prerrogativas de un poder del Estado, los jueces tienen el deber de restituir las cosas al orden de la Constitución si la cuestión se pone de manifiesto en una causa sujeta

<sup>81</sup> Algunas de las notas de Frócula-Nerón: "La Ley", t. 82, pág. 684; t. 82, pág. 109; t. 83, pág. 1. Diario "La Ley", 30 de octubre de 1958, nota a folio 44.011; 4 de noviembre de 1958, nota a folio 44.072.

a su decisión. Sería contradictorio y perturbador esperar que sean los particulares quienes salgan en defensa de las facultades privativas de los poderes públicos, erigiéndose en defensores de la armonía constitucional ante quienes tienen el deber institucional de velar por ella y preservar de la subversión su propia investidura, y, con ella, la fuente misma del orden jurídico en que vivimos.

Buenos Aires, 12 de noviembre de 1959.

#### BIBLIOGRAFÍA

- CARLOS A. AROCOPI: *Anotaciones sobre algunos aspectos del Control Judicial de la Constitucionalidad*. "La Ley", t. 33, pág. 1.031.
- HUGO ALSTINA: *La Justicia Federal*. Buenos Aires, 1931.
- *Tratado Práctico-Preceptivo de Derecho Procesal*, 2ª edic., t. II. Buenos Aires, 1937.
- CARLOS A. AVARREBARAN: *Frente al art. 85 de la Constitución Nacional*. "Jurisprudencia Argentina", 1954-III, pág. 28, sec. doctr.
- BARBARO BORDA: *La Protección Constitucional y el Retorno Extraordinario*, 2ª edic. Buenos Aires, 1958.
- JAMES BRAY: *La République Américaine*. Paris, 1911/13, 2 tomos.
- JEAN CHEVALER: *La Nouvelle Constitution et le Régime Politique de la France*. Paris, 1959.
- CARLOS DE LA VEGA: *Bajo qué condiciones puede darse un Proceso de Inconstitucionalidad*. "Jurisprudencia Argentina", t. III, pág. 469.
- FELISA A. ESPIL: *La Suprema Corte Federal*. B. Aires, 1922.
- FELISA J. FELDA (h.): *La representación de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Suprema*. "Jurisprudencia Argentina", 1951-III, pág. 23, sec. doctr.
- MÁXIMO GARCÍA ESCOBAR: *El problema constitucional de la Democracia moderna*. Madrid-Barcelona-Ba. Aires, 1931.
- MÁXIMO GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, 1937.
- ALFONSO GONZÁLEZ: *Del Control Jurisdiccional de Constitucionalidad*. B. Aires, 1952.
- JOAQUÍN V. GONZÁLEZ: *Manual de la Constitución Argentina*, Reedic. B. Aires, 1956.
- JUAN A. GONZÁLEZ CALZADÓN: *Derecho Constitucional Argentina*. Seg. ed., Buenos Aires, 1923.
- HAMILTON, JAY y MADISON: *El Federalista*. México, 1943. Fondo de Cultura Económica.
- CHARLES FRANK HUGHES: *La Suprema Corte de Estados Unidos*. México, 1946. Fondo de Cultura Económica.
- ESTEBAN IMAS y RICARDO REY: *El Recurso Extraordinario*. B. A., 1943.
- SERGIO V. LINARÉS QUINTERO: *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. B. A., 1926. Seg. ed.
- PABLO A. RAMBILLA: *La Estructura del Estado*. B. A., 1946.
- CÉSAR ENRIQUE ROMERO: *Garantías Jurídicas Especiales contra el Poder*. "La Ley", del 15 de setiembre de 1959.
- CARLOS SÁNCHEZ VIALONTE: *El Poder Constituyente*. B. A., 1957.
- *El Constitucionalismo y sus Problemas*. B. A., 1957.
- CARL SCHMITT: *La Defensa de la Constitución*. Barcelona, 1951.
- JOEL STOWY: *Comentarios sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*. Trad. N. A. Calvo. B. A., 1934.
- FELISA DE LA CORTE SUPREMA NACIONAL. Rev. "Jurisprudencia Argentina". Revista "La Ley". Acuerdos y sentencias de la Suprema Corte de Buenos Aires. Constituciones.
- HORACIO CARNEVALLI MURON: *Vías y efectos de la Señalada de Declaración de Inconstitucionalidad*. "Estudios Jurídicos en Memoria de Eduardo J. Costare", pág. 129. Montevideo, 1957.