

**LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO
FUNDAMENTOS Y ALCANCES
(en el caso “Rodríguez Pereyra”)**

María Angélica Gelli

SUMARIO

1. La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Los problemas y la doctrina anterior a “*Rodríguez Pereyra*”
2. El caso “*Rodríguez Pereyra*” en la Cámara y en la Corte: el mismo resultado con diferentes fundamentos ¿hacía falta la declaración de inconstitucionalidad de oficio?
3. Los fundamentos de la Corte Suprema para aplicar el control de constitucionalidad de oficio
Fundamentos históricos
Fundamentos de congruencia interpretativa entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad
4. Los límites del control de constitucionalidad trazados por la Corte Suprema en “*Rodríguez Pereyra*”
5. Metamensaje de la Corte Suprema acerca de las atribuciones - deberes de los jueces frente a la inconstitucionalidad

1. La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Los problemas y la doctrina anterior a “*Rodríguez Pereyra*”

Constituye un lugar común jurídico la afirmación de que el control de constitucionalidad es uno de los más controversiales y complejos de aplicar. En primer lugar dado que es ejercido por un poder que no emana directamente de elecciones populares y es ejercido sobre las normas dictadas por quienes sí tienen ese tipo de legitimidad.¹ En segundo lugar, porque

¹ No estoy postulando la modificación del sistema de selección de jueces, establecido en la Constitución Nacional, en sus reglas y rasgos generales –aunque considero que sí deben de enmendarse algunas disposiciones de la ley que reglamenta el Consejo de la Magistratura nacional.

puede generar relaciones tensas entre los poderes constituidos, en especial cuando las disposiciones jurídicas acerca de las cuales se solicita o ejerce el control surgen de las autoridades en ejercicio y éstas tienen –por motivos que pueden ser de diversa índole– fuerte interés en que se apliquen en todos sus términos y sin excepciones.

La paradoja del control de constitucionalidad finca en que fue reconocido al más débil de los poderes del Estado y, a lo menos en teoría y en potencia, resulta muy *poderoso* empleando esa atribución. Sin embargo, el Poder Judicial puede lucir vigoroso si está sostenido por la opinión social, es respetado por ésta y el sistema político global ha rodado lo suficiente, sin quiebres o ruptura constitucionales que hayan desbaratado con mayor o menor intensidad la estabilidad de la magistratura. Estabilidad que no implica sólo permanencia en los cargos por parte de los magistrados. Requiere, de la misma manera, que los jueces de la Corte Suprema –cabeza del Poder Judicial– hayan elaborado principios de largo alcance y perdurabilidad a fin de que las decisiones del Tribunal no sean percibidas como de coyuntura o consecuencia de presiones circunstanciales, cruzadas por intereses en pugna.

De todas maneras, aunque el poder judicial esté consolidado en su independencia de los poderes políticos y sociales –y en la solidez de los principios que aplica para resolver contiendas de constitucionalidad– ese control es difícil de aplicar. Al examinar las leyes aprobadas por las mayorías exigidas o las decisiones de la Administración en sistemas con fuerte sesgo presidencialista, se argumenta que el judicial puede operar en contra de ellas –bloqueando sus atribuciones– que gozan de legitimidad democrática directa. Por cierto, en el segundo caso, si evalúa la constitucionalidad o razonabilidad de decisiones administrativas, en sistemas fuertemente presidencialistas las tensiones emergen más rápido.²

Si esta problemática constituye una cuestión controversial para el sistema político de división y control entre poderes, el control de constitucionalidad de oficio que es una especie de aquel, intensifica el debate, aunque existan razones para promoverlo.

Si se admite tal control sin petición de parte, en las relaciones intrapoderes que vinculan a la organización judicial, dado el sistema de control de constitucionalidad difuso que es el establecido en la República Argentina, puede favorecerse una mayor dispersión interpretativa y, sobre todo, mayor discrecionalidad judicial porque ese control extiende los lindes de la interpretación.

Además, un control de oficio poco prudencial puede llevar a imponer la propia agenda del Poder Judicial o reforzar la legitimidad de la norma que se examina sin petición de parte, al

Sólo señalo las objeciones que suelen hacerse al control de constitucionalidad a partir del diferente origen de los poderes del Estado.

² Ni que decir tiene, en contextos en los que se cuestiona el que se denomina, con cierta sorna, «republicanismo» y se postulan liderazgos cesaristas en bien del pueblo.

declararla constitucional. Es lo que sucedió, según lo interpreto, en el caso “*Mill de Pereyra*”.³

La jurisprudencia de la Corte Suprema –o algunos votos de sus ministros- desde 1984 hasta “*Rodríguez Pereyra*” (2012) se movió en la dirección de la procedencia de ese control, aunque estableciendo algunos límites al preservar, por ejemplo, el principio de congruencia, tal como lo hizo en el caso “*Gómez c/Argercard*” (2006).⁴ A más, algunas dudas acerca de la pertinencia de este tipo de control persistieron en virtud del alcance de los requisitos de habilitación del recurso extraordinario federal y el recurso de queja, dispuestos en la Acordada C.S. 4/2007.

De todos modos, el fortalecimiento del control de constitucionalidad de oficio –desde la tesis que lo rechazaba, establecida en 1941 en “*S.A. Ganadera Los Lagos*”-⁵ operó como consecuencia de la ampliación del control con petición de parte luego del regreso de nuestro país al sistema democrático y, más tarde, al consagrarse en el orden interno, la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos, el control de convencionalidad y la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acerca de que éste debía ejercerse también de oficio.⁶

³ En la instancia local se había declarado la inconstitucionalidad de la ley de convertibilidad 23.928 (B.O. 28/3/1991) en tanto prohibía la actualización monetaria, la indexación de precios, la variación de costos o la reponenciación de deudas. La Corte admitió –con variantes y límites en los diferentes votos- el análisis constitucionalidad de esa disposición pero no la encontró incompatible con la Ley Suprema. Esta norma sigue vigente.

⁴ Cfr. en especial, consid. 7º del voto de la mayoría integrada por los jueces HIGHTON de NOLASCO, MAQUEDA, ZAFFARONI, y LORENZETTI en “*Gómez, Carlos Alberto c/ Argercard S.A. y otro s/ordinario*”. C.S. G. 396. XLI (2006). Debe señalarse que en esta especial controversia, el actor no sólo no había solicitado la inconstitucionalidad de las normas aplicables sino que, por el contrario, se había atendido a ellas, reclamando el cumplimiento de lo dispuesto en esas disposiciones. Así, el caso muestra –más allá de la pertinencia de asegurar el principio de congruencia en un eventual control de constitucionalidad de oficio- cuán delgada es la línea divisoria entre las cuestiones de derecho –la inconstitucionalidad *ex officio*- y las cuestiones de hecho ajenas, en principio, a esa revisión. Por su parte, la jueza ARGIBAY mantuvo en “*Gómez, Carlos Alberto c/ Argercard S.A.* la antigua doctrina del Tribunal acerca de que “la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos sólo puede pronunciarse a petición de parte”. El principio, según la magistrada “resulta ser corolario del Art. 2º de la ley 27 y reconoce como necesaria limitación la existencia de un conflicto judicial y de un peticionante cuyos derechos resulten afectados...ello supone que un pedido de protección constitucional se encuentre comprendido en la pretensión deducida por alguno de los litigantes”. Cfr. consid.6º.

⁵ Cfr. “*S.A. Ganadera Los Lagos c/Nación Argentina*” Fallos 190:142 (1941). Sostuvo el Tribunal que “cuando un acto administrativo es otorgado por el Poder Ejecutivo, sin competencia para hacerlo, a causa de una prohibición expresa o virtual de la Constitución o de la ley, los jueces no pueden declararlo nulo de oficio, sin una demanda directa o indirectamente relativa al acto en el cual las partes hayan alegado tal nulidad”

⁶ Me he referido a la evolución del control de constitucionalidad de oficio y su relación con el control de convencionalidad y la jurisprudencia dictada en consecuencia en *Control de*

Un caso que debe considerarse en la saga del control de constitucionalidad sin petición de parte es el del “*Banco Comercial de Finanzas*”. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires había dejado sin efecto una declaración de inconstitucionalidad dispuesta de oficio por la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca. Llegada la controversia ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación ésta revocó la sentencia del superior tribunal local, argumentando que las disposiciones declaradas inconstitucionales de oficio por el tribunal de grado, también habían sufrido la misma tacha por parte de la Corte Suprema.⁷ Como se advierte, en el fallo de la Corte emerge un fundamento adicional para sostener la procedencia del control de constitucionalidad de parte: el del valor vinculante que para el propio Tribunal tienen sus precedentes.

2. El caso “*Rodríguez Pereyra*”, en la Cámara y en la Corte: el mismo resultado con diferentes fundamentos ¿hacía falta la declaración de inconstitucionalidad de oficio?

En el caso “*Rodríguez Pereyra*” la Cámara había confirmado la sentencia de primera instancia en tanto ésta admitió un reclamo indemnizatorio de quien sufrió lesiones mientras cumplía actos del servicio militar obligatorio. Para ello inaplicó el régimen especial establecido en la ley 19.101, referido al personal militar –sin declarar inconstitucional esta norma- y aplicó el sistema propio del derecho común ordenado en el Art. 1113 del Código Civil vigente. Para decidir de ese modo, la Cámara hizo mérito del precedente de la Corte Suprema en el caso “*Aquino*” y de las reglas allí establecidas. En este precedente, sentenciado por unanimidad en la decisión –aunque se emitieron diferentes votos- se coincidió acerca de que en el *caso particular* la indemnización por el infortunio laboral, que resultaba de la aplicación de la Ley de Riesgo de Trabajo, resultaba irrazonable dado que el medio elegido para ello no alcanzaba a cubrir los efectos del hecho dañoso ni, en consecuencia, a repararlas.⁸

Como surge de lo expresado, el caso “*Aquino*” se refería al modo en que debía resultar indemne un trabajador accidentado en una relación de derecho privado. En cambio, la controversia en “*Rodríguez Pereyra*” trataba acerca de la reparación que correspondía a un soldado por los daños sufridos en la prestación de actos propios del servicio militar obligatorio, es decir, de la responsabilidad del Estado por daño causado. La Corte Suprema

constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad. Diálogos de Doctrina (María Angélica GELLI, Osvaldo GOZAÍNI y Néstor Pedro SAGÜÉS). Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, 16 de marzo de 2011.

⁷ Cfr. consid. 5º de la mayoría de fundamentos integrada por los jueces BELLUSCIO, FAYT, BOGGIANO, VÁZQUEZ, ZAFFAEONI y HIGHTON de NOLASCO en “*Banco Comercial de Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra*” C.S. B. 1160 XXXVI (19-8-2004).

⁸ Cfr. “*Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales*”. Fallos 327: 3753 (2004). Examiné la sentencia en –Los casos “*Vizzotti*” y “*Aquino*” y el examen de los efectos de las sentencias- La Ley. Buenos Aires, 23 de noviembre de 2004.

ya había emitido un precedente en un caso similar a este último en “*Bertinotti*” (1992), antes de sentenciar “*Aquino*”. En “*Bertinotti*” el Tribunal interpretó los términos de la ley 19.010 en el sentido de que no correspondía otorgar a un conscripto por lesiones en actos del servicio militar, la indemnización de derecho común. Es decir, en “*Bertinotti*” la Corte Suprema había interpretado el alcance de la ley 19.101 y la había considerado aplicable al caso y, en consecuencia, había denegando la indemnización común.

Pero, dado que después de “*Bertinotti*” la Corte Suprema había emitido “*Aquino*” y -según la Cámara- elaborado doctrina acerca del impacto de la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos en el orden interno y en especial, en la reparación integral debida por daños a las personas, en segunda instancia se consideró aplicable a “*Rodríguez Pereyra*” el criterio de “*Aquino*”.

Así, la Cámara no declaró de modo expreso la inconstitucionalidad de la ley 19.101, desestimó la aplicación del precedente “*Bertinotti*” y por vía analógica amplió los supuestos de hecho del caso “*Aquino*”, incluyendo en éste los del caso “*Rodríguez Pereyra*”. Dicho de otra manera, la Cámara aplicó por analogía o extensión las reglas emanadas no de una ley, sino de un precedente judicial.⁹

En consecuencia de esa operación lógica efectuada por la Cámara cabe interrogarse si, para llegar al mismo resultado y reconocer la indemnización común y más favorable por los daños sufridos por el soldado conscripto, la Corte Suprema debía declarar –como lo hizo- *insoslayablemente* la inconstitucionalidad de oficio en el caso “*Rodríguez Pereyra*”. Si acaso y manteniendo la decisión de fondo, no correspondía emplear una vez más la reiterada regla en virtud de la cual el control de constitucionalidad –sea a petición de parte o de oficio- es la última *ratio* del ordenamiento jurídico sostenido en la división de poderes.

3. Los fundamentos de la Corte Suprema para aplicar el control de constitucionalidad de oficio

La Corte Suprema, por mayoría de entre los seis ministros que firmaron la decisión, consideró imprescindible la declaración de inconstitucionalidad de oficio en “*Rodríguez*

⁹ En rigor, la interpretación analógica no se diferencia de modo sustantivo de la interpretación extensiva. Ambas se emplean ante las denominadas «lagunas del derecho». La primera consiste en trasladar “...la norma de un marco institucional a otro, mientras que operamos por vía de interpretación extensiva si mantenemos la norma dentro de su marco institucional, pero entendemos incluidos en el concreto supuesto de hecho normativo más casos de aquellos que su literalidad encierra”. Cfr. DÍEZ PICAZO, Luis –*Experiencias jurídicas y teoría del derecho*- 3ª edición corregida y puesta al día. Ariel. S.A. Barcelona, 1993. Pág. 280. La determinación de si la Cámara usó la analogía o la extensión, dependerá del marco institucional en el que se incluyan los conflictos de “*Aquino*” y “*Rodríguez Pereyra*”. Si ambos son considerados dentro de la responsabilidad por daño, la Cámara resolvió por la vía de la interpretación extensiva.

Pereyra”.¹⁰ Y para ello justificó con argumentos históricos y de congruencia jurídica la procedencia del control de constitucionalidad sin petición de parte.

3.1. Fundamentos históricos

Según lo interpreto, la mayoría de fundamentos procuró demostrar que el control de constitucionalidad con o sin petición de parte es una atribución – deber que “corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores” desde los orígenes de nuestra organización institucional. En efecto, con mención de la norma constitucional establecida en 1860, tomada en ese punto del texto histórico de 1853 que, a su vez, fue tributario del propuesto por Alberdi, la Corte pasó revista a las leyes reglamentarias –que también desde los orígenes en 1862, en la ley 27- establecieron que “uno de los objetos de la justicia nacional es el de sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.¹¹

Pero no solamente lucen los antecedentes normativos –constitucionales y legales- que avalarían la inconstitucionalidad declarada de oficio, a lo menos de manera implícita, porque para la mayoría de la Corte Suprema esa declaración no diferirá en sustancia del examen de constitucionalidad a petición de parte. También se citaron antiguos precedentes judiciales de los que surge –por lo menos de modo tácito- esa atribución deber del Poder Judicial de aplicar la Constitución por sobre cualquier otra norma vigente en el sistema jurídico.

Sin embargo, en la primera sentencia citada por la Corte Suprema en “*Rodríguez Pereyra*”, -el caso de *Fallos* 23:37 en la que se señala que el “deber de los jueces de efectuar el examen comparativo de las leyes con la Constitución Nacional fue aplicado por [la] Corte desde sus primeros pronunciamientos...”- la cuestión de la inconstitucionalidad fue planteada oportunamente -y debatida- y la norma –en el caso un tributo establecido por la Municipalidad de Rosario que se parecía, en mucho, a un impuesto a las exportaciones- fue examinada y declarada constitucional por la mayoría del Tribunal.¹² Es más, en esta sentencia la Corte también señaló que no correspondía al Tribunal examinar la *conveniencia* de las normas por lo que sus facultades estaban limitadas a “aplicar las leyes

¹⁰ Cfr. “*Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios*”. C.S. R. 401. XLIII (2012). Votaron por la mayoría, los jueces LORENZETTI; HIGHTON de NOLASCO, MAQUEDA Y ZAFFARONI. Concurrió según su voto el juez FAYT, haciendo mérito del voto conjunto que emitió con el entonces juez Belluscio, en el consid. 4º de “*Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario*”, *Fallos* 306: 303 (1984). En disidencia se pronunció el juez PETRACCHI. No votó la jueza ARGIBAY.

¹¹ Cfr. consid. 6º y 7º del voto de la mayoría de fundamentos en “*Rodríguez Pereyra*”.

¹² Cfr. consid. segundo de “*Don Carlos Casado c/ la Municipalidad del Rosario de Santa Fe s/ devolución de dinero por pago indebido de un impuesto*”, *Fallos* 23: 37 (1881).

y reglamentos tales como son, con tal de que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución”.¹³.

Los dos fallos siguientes que citó la Corte en *Rodríguez Pereyra*” constituyen sendos clásicos del derecho constitucional. En primer lugar, la Corte Suprema se refirió a “*Municipalidad c/Elortondo*” (1888), transcribiendo el célebre párrafo de esta sentencia a propósito de que “es elemental en nuestra organización constitucional *la atribución que tienen y el deber en que se hallan* los tribunales de justicia, de examinar la 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* 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”.¹⁴ En el caso, la Corte efectuó control de constitucionalidad sobre el alcance de una ley de expropiación –en realidad, sobre los bienes que no eran imprescindibles para efectuar la obra de ensanchamiento de la avenida proyectada- pese a que la actora no había pedido de modo expreso la inconstitucionalidad, aunque sí había objetado la interpretación de la ley en torno a una parte de los bienes comprendidos en la declaración de utilidad pública.¹⁵

El otro precedente clásico traído por la Corte Suprema en “*Rodríguez Pereyra*” es “*Sojo*” y la cita que en esta sentencia se hace de “*Marbury vs. Madison*” a propósito de que “una ley del Congreso repugnante a la Constitución no es ley”. No obstante enfatizar el valor de la Constitución como “*palladium*” de la libertad, en “*Sojo*” la Corte interpretó la ley conforme a los preceptos constitucionales establecidos acerca de su propia competencia, sin declararla inconstitucional.¹⁶

¹³ Cfr. consid. octavo de “*Don Carlos Casado...*”. En esta sentencia se vislumbra la atribución de la Corte Suprema de examinar el debido proceso adjetivo, si las leyes no emanan de “autoridad competente” y uno de los límites más antiguos del control, el que encuentra su borde en razones de “conveniencia”.

¹⁴ Cfr. consid. vigésimo quinto de “*Municipalidad de la Capital c/Elortondo*”, Fallos 33: 162 (1888). Citado por la mayoría de fundamentos en el consid. 9º de “*Rodríguez Pereyra*”. (Las bastardillas me pertenecen).

¹⁵ Según lo sostiene Bianchi, en el caso de ejerció control de constitucionalidad sin que se lo hubiera solicitado “formalmente”. Cfr. BIANCHI, Alberto B. –*Control de Constitucionalidad*- Tomo 1. 2ª edición actualizada, reestructurada y aumentada. Ábaco de Rodolfo Depalma. Ciudad de Buenos Aires, 202. Pág. 323.

Puede verse el análisis crítico efectuado por Miller del dictamen del Procurador General y del fallo en “*Municipalidad c/Elortondo*” en MILLER, Jonathan - GELLI, María Angélica - CAYUSO, Susana -*Constitución y Poder Político*-. Astrea. Buenos Aires, 1987. T 1. Pág. 44.

¹⁶ Cfr. “*Sojo*”, Fallos 32: 120 (1887), Citado por la mayoría de fundamentos en el consid. 9º de “*Rodríguez Pereyra*”. En el caso “*Sojo*”, de todos modos, se rechazó un *hábeas corpus* interpuesto directamente ante la Corte Suprema por falta de de competencia originaria para resolver. En el *obiter* del caso la Corte sostuvo que no corresponde a ningún poder ampliar o restringir la

Por fin, las palabras de Sánchez Viamonte a propósito de que “no existe argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional” lucen, según recuerda la Corte 2n “*Rodríguez Pereyra*”, en *Fallos* 321: 3620. Aunque la cita no puede menos que compartirse, en este precedente, en rigor, la cuestión constitucional había sido planteada oportunamente y la omisión de su tratamiento por la Cámara —ésta había considerado que el especial procedimiento fijado para resolver la controversia no contemplaba la amplitud de debate que requería el control de constitucionalidad- violaba el derecho de defensa.¹⁷

Como se advierte, de los precedentes judiciales citados por la Corte Suprema y emitidos en diferentes etapas históricas emerge la insoslayable necesidad de que prevalezca la Constitución por sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Es decir, surge una contundente defensa del principio de supremacía y del deber de mantenerlo por parte del Poder Judicial. Sin embargo, no resulta tan claro que en todos ellos se haya aplicado el control de constitucionalidad de oficio de manera expresa. Excepto, por supuesto, en el voto en minoría en “*Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario*”, en “*Mill de Pereyra*” y en “*Banco Comercial de Finanzas*” (2004), citados más arriba.

3.2. Fundamentos de congruencia interpretativa entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad

A partir del caso “*Mazzeo*” (2007)¹⁸ en el que replicó la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Almonacid Arellano*” (2006),¹⁹ la Corte Suprema argentina se consideró obligada a efectuar *una especie de control de convencionalidad* entre las disposiciones de la Convención Americana y las normas de derecho interno de la República Argentina, y ello más allá del alcance de ese control, de la controversia acerca de qué se entiende por jurisprudencia internacional y la extensión de su valor vinculante.²⁰

jurisdicción originaria y directa —en realidad, la competencia- de la Corte Suprema. Pero, el Tribunal también consideró que la ley que reglamentaba la interposición del *hábeas corpus* no debía establecer —y no estableció- para el caso, la competencia originaria y directa de la Corte Suprema. Puede verse el examen crítico de “*Sojo*” efectuado por MILLER, Jonathan. Ob. citada en nota 15, T. 1. Pág. 27/28.

¹⁷ Cfr. consid. 13 de “*Ministerio de Cultura y Educación. Estado Nacional s/Art. 24 ley 24.521*”, *Fallos* 321: 3420 (1998). Citado por la mayoría de fundamentos en el consid. 9° de “*Rodríguez Pereyra*”.

¹⁸ Cfr. consid. 21 del voto de la mayoría en “*Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad*” CSJN M. 2333. XLII (2007).

¹⁹ Cfr. “*Caso Almonacid Arellano vs. Chile*”, CIDH. (26 de septiembre de 2006). Serie C N° 154 Pár. 124.

Sentado el principio del control de convencionalidad como deber del Poder Judicial de los Estados parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo extendió a la obligación de ejercerlo de oficio. La Corte argentina registró los fallos regionales que así lo establecieron en “*Rodríguez Pereyra*”, desde “*Trabajadores Cesados del Congreso*”²¹ a “*Fontevecchia y D’Amico*”,²² en sostén del deber judicial de aplicar el control de constitucionalidad *ex officio*.²³

De esos fallos emitidos por el tribunal regional, la Corte argentina derivó el deber judicial de respetar el principio de congruencia porque, si el Tribunal está *vinculado* por el control de convencionalidad de oficio ¿cómo no estarlo por el de constitucionalidad sin petición de parte? En palabras de la Corte Suprema: “resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención [Americana de Derechos Humanos] (Art. 75, inc. 22) incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”.²⁴

4. Los límites del control de constitucionalidad trazados por la Corte Suprema en “*Rodríguez Pereyra*”

²⁰ Para el debate acerca del valor de la jurisprudencia internacional en el orden interno, cfr. SAGÜES, Néstor P. –*Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano*- La Ley. Buenos Aires, 11 de agosto de 2010; BIANCHI, Alberto B. –*Una reflexión sobre el «control de convencionalidad»*- Suplemento La Ley Constitucional. Buenos Aires, 27 de septiembre de 2010. GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo –*El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en los ámbitos nacional y local*- Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo, hoy. 16 años después. Facultad de Derecho. Universidad Austral. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 16-18 de mayo de 2012 y GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo A. –*Derechos y prerrogativas públicas: aspectos de un nuevo orden*- La Ley 2012 E.

²¹ Cfr. “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado, Alfaro y otros) vs. Perú” CIDH. (24 de noviembre de 2006). Serie C N° 158. Párr. 128.

²² Cfr. “Caso Fontevecchia y A’Damico vs. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. CIDH. (29 de noviembre de 2011). Serie C N° 238. Párr. 93.

²³ Cfr. consid. 12 del voto de la mayoría de fundamentos en “*Rodríguez Pereyra*”.

²⁴ Cfr. consid. 12 del voto de la mayoría de fundamentos en “*Rodríguez Pereyra*”.

No obstante la amplitud de fundamentos –históricos y de armonización lógica y congruente- con que la mayoría de la Corte Suprema convalidó el control de constitucionalidad de oficio, también indicó los requisitos que deben cumplirse a la hora de aplicarlo.

En primer lugar, ese control debe de ejercerse en el marco de las “respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, tal como lo señaló la Corte Interamericana en los precedentes que cita la Corte argentina.²⁵ Precisamente, esta referencia le da pie al Tribunal argentino para sostener que el control *ex officio* debe darse – en el caso que proceda- en el marco de un proceso judicial, respetando las reglas adjetivas que fijan los “requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones y alegaciones de las partes”.²⁶ El párrafo induce a recordar, inmediatamente, los recaudos de habilitación del recurso extraordinarios federal y del recurso de queja, establecidos por la Corte Suprema en la Acordada 4/2007, aunque la Corte no la menciona de manera expresa.²⁷

De ello se sigue que aunque en la aplicación del control de constitucionalidad de oficio, a lo menos, se dispensa a las partes del *planteo oportuno* de la cuestión federal en la primera ocasión que se presente, los demás requisitos sí deben cumplirse de modo acabado.

En segundo lugar, la Corte reitera que el control de constitucionalidad con efectos en el caso, constituye “un remedio de ultima ratio, que debe evitarse, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas” porque las normas controladas son dictadas por “un poder de jerarquía igualmente suprema”.²⁸ Como se advierte, una versión de la deferencia a los motivos del legislador y un intento de equilibrio entre la atribución de los tribunales, que luce discrecional, y el principio de división de poderes.

5. Metamensaje de la Corte Suprema acerca de las atribuciones - deberes de los jueces frente a la inconstitucionalidad

²⁵ Cfr. consid. 13 del voto de la mayoría de fundamentos en “*Rodríguez Pereyra*”. También en “Caso Fontevecchia y A´Damico vs. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. CIDH. (29 de noviembre de 2011). Serie C Nº 238. Párr. 93.

²⁶ Cfr. consid. 13 del voto de la mayoría de fundamentos en “*Rodríguez Pereyra*”.

²⁷ Cfr. art. 3º, inc.b de la Acordada 4/2007. Suplemento Especial. *Técnica jurídica de los recursos Extraordinario y de queja. Acordada 4/2007. La Ley*. Abril de 2007. En este Suplemento pueden leerse comentarios de diferentes autores sobre las disposiciones de la Acordada 4/2007.

²⁸ Cfr. consid. 14 del voto de la mayoría de fundamentos en “*Rodríguez Pereyra*”.

A más de la defensa encendida del principio de no dañar a otro, derivado del Art. 19 de la Constitución Nacional, en “*Rodríguez Pereyra*”, la Corte Suprema envía sendos mensajes. En primer término a los actores sociales y políticos quienes –traspasando la academia y en la especial circunstancia en la que se dicta la sentencia, hacia finales de 2012- discuten acerca de la pertinencia democrática del control de constitucionalidad aplicado por los jueces, sobre todo cuando la legitimidad electoral emerge de porcentajes de votos muy amplios. En esta circunstancia aunque, desde luego, sin hacer referencia a ella, la Corte recuerda con contundencia que el control de constitucionalidad está consagrado desde los orígenes de nuestra historia institucional y que fue sostenido y aplicado por el Tribunal en sus distintas integraciones.

En segundo lugar, el Tribunal señala que “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 remediarse únicamente mediante la declaración de inconstitucionalidad de oficio de la norma que lo genera”.²⁹ Un mensaje contundente que interpela la profesionalidad de los abogados.

²⁹ Cfr. consid. 13 del voto de la mayoría de fundamentos en “*Rodríguez Pereyra*”.