



Ratio Juris

ISSN: 1794-6638

editor.ratiojuris@unaula.edu.co

Universidad Autónoma Latinoamericana
Colombia

Marcial González, Robert
DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO: VENTAJAS E
INCONVENIENTES

Ratio Juris, vol. 6, núm. 12, enero-junio, 2011, pp. 133-162
Universidad Autónoma Latinoamericana
Medellín, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=585761341006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO: VENTAJAS E INCONVENIENTES*

ROBERT MARCIAL GONZÁLEZ**

Fecha de recepción: 1 de marzo de 2011 • Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2011

Resumen

El texto parte de una introducción que da paso a las ventajas - argumentos esgrimidos para justificar el control constitucional de oficio, el orden de prelación de las normas, el principio “Iura novit curia”, los inconvenientes generados dentro del sistema procesal a raíz del control constitucional de oficio, la existencia de contradictorio e impugnación de parte, y la presunción de legitimidad de las normas. Posteriormente se aborda la figura del debate amplio y específico, la ruptura con el equilibrio y la división de poderes; y

* El artículo de referencia se gestó a instancia del profesor Adolfo Alvarado Velloso quien durante el año 2010, posibilitó que hayamos podido colaborar en el marco de la Maestría en Derecho Procesal que se dicta en la Universidad Nacional de Rosario. Fue así que se consideró oportuno analizar el Proceso dentro del marco teórico proporcionado por la República y la Democracia. El objetivo principal al que apuntó el trabajo fue sencillamente tratar de proporcionar elementos de juicio que permitieran enriquecer el debate y generar pensamiento crítico en la inteligencia que es el camino para consolidar un sistema de enjuiciamiento que sea el fiel reflejo de los postulados que cimientan toda Constitución republicana y democrática.

** Abogado, de nacionalidad paraguaya, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Magíster en Acción Política por las Universidades “Rey Juan Carlos” y “Francisco de Vitoria” de Madrid, España. Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Ex becario de la Fundación Carolina de España. E-mail: robertmarcialgonzalez@hotmail.com

finalmente en nuestra visión del problema, se trata el control constitucional de oficio y su coherencia con el diseño procesal previsto en la Carta Magna, y allí, la igualdad, la imparcialidad y la certeza en las relaciones jurídicas, para concluir con el control constitucional vs. deber de imparcialidad de los jueces como garantía constitucional, la limitación de los poderes del juez como una garantía para el ciudadano, y la inaplicabilidad del aforismo “*Iura novit Curia*” dentro del modelo procesal garantista vigente.

Palabras clave: Proceso, república, democracia, estado de derecho, Constitución Nacional.

DECLARED UNCONSTITUTIONAL OFFICE: ADVANTAGES AND DISADVANTAGES

Abstract

The text an introduction that gives way to benefits - arguments to justify the constitutionality of office, the priority of the rules, the principle “iura novit curia”, the inconveniences generated inside the procedural system as a result control constitutional office, the existence of contradictory and challenging part, and the presumption of legitimacy of the rules. Next, the consider the figure of broad discussion and specific rupture with the balance and separation of powers, and finally our view of problem, it is automatically constitutional control and consistency to the desing prescribed by the Constitution, and there, equality, fairness and certainty in legal relations, to conclude the constitutional vs control duty of impartiality of judges as constitutional guarantee, the limitation of the powers of the judge as guarantee for the citizen, and the inapplicability of the aphorism “iura novit curia” in existing guarantor of procedural model.

Keywords: Process, republic, democracy, rule of law, National Constitution.

INTRODUCCIÓN

El tema que se abordará refiere a las ventajas y los inconvenientes que genera para el sistema procesal la declaración de inconstitucionalidad de las normas sin que las partes del proceso lo soliciten expresamente, esto es, de oficio.

Como resulta lógico, un tema tan interesante y tan debatido, como lo es el control de constitucionalidad de oficio, ha sabido encontrar apolo-gistas y opositores. Lo llamativo del caso radica en que las disputas intellec-tuales sobre el tema no solo se dan entre los seguidores de la doctrina “Solidarista”¹ (Alvarado Velloso: 2006, p. 8) y aquellos que adhieren al esquema “Garantista”² (Alvarado Velloso: 2006, p. 8) como ocurre nor-malmente cuando se debate un tema procesal, sino que incluso, dentro de este último grupo existen destacados juristas que afirman que los jueces no violan los principios del garantismo procesal cuando, de oficio, declaran la inconstitucionalidad de las leyes, y aquellos que por el contrario, afirman que no puede consentirse, al menos sin que se viole la Constitución Nacio-nal y con ello el Estado de Derecho, que los jueces se tomen la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes sin un requerimiento expreso formulado a petición de parte.

El presente trabajo tiene como objetivo señalar los principales ar-gumentos esgrimidos “a favor” y “en contra” del control constitucional de oficio, exponiendo sucintamente cuales son las “ventajas” y los “inconve-nientes” que la declaración oficiosa de inconstitucionalidad plantea dentro del diseño procesal previsto en la Constitución.

-
- 1 El autor sostiene que la doctrina Solidarista surge a partir de la actuación de “ciertos jueces decisionistas que resuelven los litigios que les son presentados por los interesados a base exclusiva de sus propios sentimientos o simpatías hacia una de las partes, sin sentirse vinculados con el orden legal vigente”.
 - 2 Al respecto, allí se afirma que “el garantismo procesal está constituido por el conjunto de ideas que preconiza la vigencia irrestricta de la Constitución por sobre la ley y ni que hablar por sobre la voluntad de los jueces. En ese orden de cosas, no se busca a jueces comprome-tidos con ideas como la justicia y la verdad sino que se contenta modestamente con que los jueces se limiten a declarar la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional, todo ello, claro está, siguiendo y respetando las reglas del proceso”.

Más allá de que el tema en cuestión supo ganar defensores y detractores incluso desde el garantismo procesal, el análisis no puede perder de vista que se trata de evaluar la conveniencia o inconveniencia de tolerar actuaciones de oficio por parte de los magistrados, motivo por el cual, el tratamiento de la cuestión está directamente vinculado con la disputa doctrinaria y hasta filosófica existente entre el garantismo procesal y el decisionismo judicial³.

Por razones estrictamente metodológicas y a fin de respetar la perspectiva desde la cual se abordará el tema, el trabajo se dividirá en dos partes. La primera (numerales 2 y 3), de corte netamente descriptivo, en la que se desarrollarán brevemente algunas de las principales ideas expuestas por quienes afirman que la declaración oficiosa de inconstitucionalidad ofrece “ventajas”. Asimismo, y siguiendo con el lineamiento descriptivo, en segundo término se tratarán algunos pilares sobre los que cimentan su posición los que afirman que el control jurisdiccional oficioso resulta “inconveniente” para el sistema procesal.

En la segunda parte del trabajo (numerales 4 y 5), y ya dejando de lado la labor meramente descriptiva, se realizarán consideraciones propias en donde se tomará partido en la interesante disputa de ideas en torno al tema. Allí, se expondrán algunas reflexiones que esperamos puedan contribuir a enriquecer el debate y sobre todo, que puedan ser útiles para que algún día, el Derecho Procesal pueda erigirse verdaderamente como el último bastión de la libertad y deje de ser el caldo de cultivo para “*un autoritarismo judicial cada vez más creciente*”. (Alvarado Velloso: 2006, p. 305).

Ventajas: Algunos argumentos esgrimidos para justificar el control constitucional de oficio

Las ventajas que ofrece el control constitucional de oficio pueden ser resumidas en seis puntos: a) Se mantiene el respeto hacia el orden de prelación de las normas; b) Se logra salvaguardar el orden público; c) El juez no renuncia a la tarea de hacer justicia; d) Se facilita el acceso a la verdad

3 En las obras de Héctor Superti, *Derecho Procesal Penal – Temas conflictivos*, Juris, Rosario, 1998, pp. 35 a 63; y de Alvarado Velloso, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003, pp. 49 a 164 los interesados encontrarán insumos para lograr una mejor comprensión acerca del trasfondo filosófico y político que sustenta tanto al esquema garantista (origen libertario) como al esquema publicista o decisionista (origen autoritario).

real; e) El juez no sufre actos de violencia moral hacia su investidura; y f) El derecho de las partes queda a salvo atendiendo a que solo el juez conoce el derecho. Como podrá advertirse, son varios los argumentos esgrimidos por los que sostienen que el control de constitucionalidad de oficio resulta conveniente y hasta necesario para un adecuado sistema procesal. Sin embargo, a fin de no exceder los límites fijados al presente estudio, hemos resuelto profundizar solamente dos de los pilares principales que sustentan dicha posición.

El primero refiere al deber de los jueces de hacer respetar el '*orden de prelación de las normas*', mientras que el segundo, pone el acento sobre un antiguo axioma del Derecho romano que reza '*iura novit curia*'.⁴ (Haro: 2003, p. 77).

El orden de prelación de las normas

Los defensores de la teoría favorable al control oficioso de constitucionalidad enfatizan en torno a la idea de que todo el complejo normativo jurídico se organiza en base a un orden de prelación de normas que necesariamente debe ser respetado a fin de evitar contradicciones internas que hagan colapsar el sistema.

En tal sentido, se considera que corresponde principalmente al Juez de la causa velar por el respeto y el mantenimiento de dicho orden, aún a falta de petición expresa de parte interesada o lo que es igual, con total prescindencia de la voluntad de las partes en litigio.

Resulta fácil advertir que toda la teoría se construye desde la perspectiva del juez, a quien se lo considera como una suerte de "*guardián supremo del orden de prelación*" y por tanto, facultado a pasar por sobre la voluntad de las partes sin que esto implique violación alguna a las reglas del debido proceso ya que, desde esta óptica, es *deber* de los magistrados realizar el control de constitucionalidad en cada caso sometido a decisión

4 El Profesor argentino refiere al respecto que "Si los jueces son autónomos en este aspecto (se refiere a la vigencia del principio *iura novit curia*), deben aplicar sólo el derecho válido, es decir, el derecho dictado en consecuencia de la CN y no pueden ser determinados por el derecho invocado por las partes, pues en caso contrario la supremacía no sería de orden público. Los jueces se convertirían en meros aplicadores de un sistema jurídico parcializado por el interés de las partes, que así podrán poner los límites que deseen a la excelsa tarea de hacer justicia".

(Haro: 2003, p. 74). El argumento de autoridad esgrimido para fortalecer la tesis defendida aparece sólido e inexpugnable ya que se recurre nada más y nada menos que al gran jurista Hans Kelsen quien en su magnífica obra “Teoría pura del Derecho” elaboró toda la justificación respecto a la importancia sistémica de estructurar los ordenamientos jurídicos a partir de la jerarquización de las normas (Kelsen: 2005, p. 130).

El orden de prelación determina básicamente que todo sistema jurídico está diseñado a partir de normas fundamentales que, como tales, se encuentran en la cúspide de la clásica pirámide pensada por Kelsen. De ahí que las restantes normas que componen un ordenamiento jurídico, por ser inferiores en cuanto a la gradación, deban guardar estricta correspondencia con las premisas supremas ya que en caso de existir conflicto entre unas y otras, prevalecerán estas últimas.

Los partidarios de la teoría que los jueces realicen el control de constitucionalidad de oficio afirman que la supremacía de las normas fundamentales dentro del orden jurídico implica que éstas deben presidir toda la producción de las restantes normas que van a formar parte del sistema y por ello se justifica la actuación de oficio. El constitucionalista argentino Ricardo Haro, al señalar la forma en que deben producirse las normas inferiores para que sean válidas resume la idea expresando de manera quasi poética que “[...] si las normas inferiores no tienen sus raíces entroncadas en aquellas (se refiere a las normas superiores), quedan descartadas en cuanto a su validez toda vez que la falta de ‘savia constitucional’ las esteriliza y tarde o temprano ‘mueren’ en su vigencia” (Haro: 2003, p. 72).

Por tanto, si se acepta que el ordenamiento jurídico constituye un entramado normativo compuesto por algunas normas superiores y otras subordinadas en orden jerárquico, se requiere necesariamente de la existencia de un control adecuado a fin de garantizar la unidad y la coherencia del sistema descartando la posibilidad de que una norma inferior esté por encima de la norma fundamental. En este orden de ideas, si las partes no cuestionan la norma inferior que pretende violentar a la norma superior, la supervisión jerárquica queda en manos del juez, quien de oficio debe realizar el control de constitucionalidad garantizado en cualquier Estado de Derecho con presidencia del diseño previsto en las Constituciones para canalizar la garantía, v.g., control difuso, control concentrado, etc.

En consecuencia, se justifica plenamente el control constitucional oficioso que realizan los jueces ya que, desde esta perspectiva, son estos los encargados de garantizar a los justiciables y a la sociedad toda, que se va a respetar el orden de prelación que sirve de base a todo el sistema. Se afirma además, que los jueces solo pueden cumplir con este deber en el marco del proceso ya que los mismos, por expreso mandato constitucional, pueden intervenir únicamente en las causas ya formadas y por tanto se hallan plenamente legitimados para salvaguardar el orden de prelación constitucional aún por encima de lo expuesto por las partes en sus respectivas presentaciones y aún en contra de lo solicitado por los justiciables⁵ (Sagues: 1992, p. 142).

Esta posición se encuentra además, sustentada en el célebre precedente sentado en el derecho norteamericano por el Juez Marshall en el caso “Marbury vs. Madison” (1803), el cual constituyó un verdadero hito dentro del tema referido al control constitucional y el orden de prelación de las normas⁶ (Sagues: 1992, p. 134).

El principio ‘iura novit curia’

Los alcances de la aplicación de esta regla dentro del proceso constituye, según la visión que se desarrolla en este trabajo, el principal punto de conflicto en el marco del debate entre los partidarios del control oficioso de constitucionalidad y los que están en contra de permitir cualquier injerencia ‘*ex officio*’ por parte de los jueces. Así, desde la perspectiva que se muestra favorable al control constitucional oficioso, se sostiene que el clásico aforismo “*iura novit curia*” se erige como un pilar básico en el esquema de cualquier teoría del proceso dentro de un Estado de Derecho⁷ (Haro: 2003, p. 76).

5 El destacado jurista afirma que “...basta el viejo pero vigente art. 31 de la Constitución, que sienta el orden de prelación de normas, para otorgar a los jueces la facultad de pronunciar sin pedido de parte la inconstitucionalidad de reglas jurídicas opuestas a la Constitución”.

6 El autor se refiere al precedente norteamericano en estos términos “...será el caso ‘*Marbury v. Madison*’ el que definirá rotundamente el principio según el cual los jueces no deben aplicar en el caso concreto la ley inconstitucional [...]”.

7 Allí se sostiene que “los dos ingredientes fundamentales de todo proceso son, por un lado los hechos, es decir, la plataforma fáctica integrada por los acontecimientos susceptibles de tener efectos jurídicos, que le son aportados por las partes y a los cuales el juez se encuentra supeditado. Por otro, está el derecho, o sea las disposiciones normativas que desde el orden

En tales condiciones, el juez es considerado como una suerte de “*super docto en derecho*” y por tanto, supremo sabedor de lo que realmente conviene a las partes para dirimir la controversia sometida a decisión. Esta cualidad extraordinaria de los jueces los habilitaría, además de resolver el litigio mediante la sentencia⁸ (Alvarado Velloso: 2000, p. 28) a declarar la inconstitucionalidad de las normas con total independencia de que las partes hayan cuestionado o no la validez de las que se pretenden hacer valer en juicio o lo que es más, con total prescindencia de que las partes se sientan o no perjudicadas o afectadas por la norma considerada inconstitucional por el juez.

Para justificar el control jurisdiccional de oficio respecto a la constitucionalidad de las normas, se alega que todo proceso se compone esencialmente de los ‘hechos’ aportados por las partes en sus respectivas alegaciones acerca de los cuales el juez se encuentra limitado e imposibilitado de poder alterarlos, y por otro lado, del ‘derecho’ o catálogo normativo que opera de manera autónoma a lo alegado por las partes dado que el juez, como conocedor del derecho o lo que es igual, como *único conocedor del derecho*, tiene absoluta libertad para calificar la relación sustancial de la litis y aplicar la norma jurídica que estime conveniente para dirimir la controversia⁹ (Haro: 2003, p. 77).

Desde esta perspectiva, el postulado ‘*iura curia novit*’ faculta a los jueces a calificar jurídicamente la realidad fáctica sin reparar en los fundamentos expuestos por las partes. En consecuencia, si los jueces declaran la inconstitucionalidad de una norma sin que lo requieran los afectados, es decir, las partes, no se estaría violando las reglas del debido proceso sino

jurídico regulan los hechos, y ante el cual el juez tiene plena autonomía frente a las invocaciones de las partes, pues aun cuando las partes no lo invocaran o lo hiciesen erróneamente, le corresponde al juez calificar la relación sustancial de la litis y determinar la norma jurídica que la rige, principio que se expresa con la fórmula *iura curia novit*”.

- 8 Compartimos el concepto que nos proporciona el Maestro rosarino quien enseña que la Sentencia es un “Acto judicial que resuelve heterocompositivamente el litigio ya procesado, mediante la aceptación que el juez hace de alguna de las encontradas posiciones mantenidas por los antagonistas luego de evaluar (según ciertas reglas precisas) los medios confirmatorios de las afirmaciones efectuadas por el actor (en función de las negativas del demandado respecto de ellas) y de la aplicación particularizada al caso de la norma jurídica que preexiste en abstracto y con carácter general”.
- 9 “El principio *iura novit curia* se apoya en la circunstancia de que el juez es el docto en Derecho, es el experto en ciencia jurídica [...]”

que por el contrario, se estaría dando estricto cumplimiento a la norma fundamental ya que solo el juez conoce el derecho, con lo cual simplemente se *hace justicia*¹⁰ (Haro: 2003, p. 77).

Resta señalar que, tanto lo referido al ‘orden de prelación de las normas’ así como al principio ‘*iura novit curia*’, como justificativos para permitir el control constitucional de oficio por parte de los jueces, cuenta con un desarrollo doctrinario y jurisprudencial amplísimo¹¹ (Sagues: 1992, p. 133-148) –al menos dentro de la Argentina– motivo por el cual mal podría considerarse agotado el tema con lo brevemente relacionado en el presente estudio. Sin embargo, a los fines de esta exposición y en el afán de no exceder el marco referencial que limita este análisis, nos vemos obligados a considerar que la posición que afirma que el control constitucional de oficio ofrece ventajas y por tanto no violenta el debido proceso ha sido lo suficientemente explicada, al menos, en sus pilares básicos.

INCONVENIENTES GENERADOS DENTRO DEL SISTEMA PROCESAL A RAÍZ DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE OFICIO

Los argumentos de quienes afirman que la declaración oficiosa de inconstitucionalidad de las normas genera inconvenientes también pueden ser englobados en seis puntos: a) No se respeta la presunción de legitimidad de las normas; b) Se rompe con el equilibrio y la división de poderes; c) Se violentan garantías constitucionales como “el juez imparcial” o “el debido proceso”; d) Se restringe el derecho a la defensa; e) Se introduce al debate un tema no propuesto por las partes lo que implica dejar de lado la regla de congruencia y el principio de igualdad; y f) El juez pasa a realizar tareas que competen con exclusividad a las partes.

A su turno, las principales ideas que sirven de base a los seis puntos precipitados, podrían ser sintetizadas y explicadas de la siguiente manera: 1) Para declarar la inconstitucionalidad de una norma es necesario que exista proceso contradictorio en el cual una de las partes invoque un perjuicio y realice la pertinente impugnación; 2) Los jueces deben asumir que los actos normativos estatales gozan de una presunción de legitimidad; 3) La decla-

10 El autor refiere incluso a “*la excelsa tarea de hacer justicia*”.

11 En dicho tramo se realiza un estudio minucioso acerca de la evolución jurisprudencial que dentro de la Argentina tuvo el tema de la “Declaración de inconstitucionalidad de oficio”.

ración de inconstitucionalidad no puede darse si no está precedida de un amplio y específico debate de partes; y 4) El control constitucional de oficio por parte de los jueces implica un quiebre con el principio de equilibrio y división de poderes.

Existencia de contradictorio e impugnación de parte: Desde la óptica que niega a los jueces la potestad de realizar el control constitucional de oficio por considerarlo desventajoso se afirma que todo proceso, al menos desde la concepción garantista, está diseñado para que dos partes, en pie de perfecta igualdad, discutan y diriman su conflicto de intereses ante un tercero, que como tal debe ser imparcial, impartial e independiente (Alvarado Velloso: 2000, p. 44-250). Por tanto, resulta imprescindible que en todo momento el juzgador respete la regla de bilateralidad a fin de no quebrantar el principio de igualdad a favor de uno de los contendientes y, por supuesto, en detrimento del otro.

Dentro de este panorama, parece claro que si el Juez declara la inconstitucionalidad de una norma sin que ninguna de las partes lo solicite, se estaría apartando de las reglas del debido proceso y con ello, violaría su deber de imparcialidad e impartialidad, ambos, elementos imprescindibles para que el proceso sea tal y no un simple procedimiento¹² (Alvarado Velloso & Calvino: 2010, p. 29 - 30). Por todo ello se sostiene que el control constitucional oficioso resulta inconveniente.

Presunción de legitimidad de las normas: Si bien se reconoce que esta presunción opera *juris tantum*, desde la visión que afirma que el control constitucional de oficio presenta “inconvenientes” para el sistema, se expresa que la posibilidad de que la presunción de legitimidad de normas caiga y sea destruida por alguna prueba en contrario, no legitima al Juez para que por sí y ante sí asuma la tarea de invalidar una norma que él y solo él considera inconstitucional. Se requiere necesariamente de impugnación de parte para modificar la presunción de legitimidad de la que gozan las normas. Todas las normas estatales son, desde su origen y nacimiento legítimas, por la sencilla razón de que cada acto normativo es dictado por

12 En dicho tramo de la obra se explica que entre procedimiento y proceso existe una diferencia de género a especie, caracterizando a este último concepto su estrecha vinculación con la acción procesal, con lo cual aparece una relación dinámica entre tres personas (actor - demandado y autoridad) y no solo dos (quien insta y la autoridad) como ocurre en los simples procedimientos.

los Poderes del Estado siguiendo para el efecto el mecanismo previsto en la propia Constitución Nacional.

Por esta razón, el cuestionamiento o la puesta en crisis de la norma debe partir de las personas que aparecen como destinatarias de la misma. La sola posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas de oficio implicaría que los jueces se atribuyan una facultad que no les fue conferida ni por la ley ni por la Constitución. Esta posición enfatiza en el hecho de que el control oficioso de constitucionalidad, al menos en la República Argentina, es de creación estrictamente jurisprudencial (*no legal y mucho menos constitucional*). Asimismo, se señala que la presunción de legitimidad de las normas obedece especialmente a la necesidad de proporcionar seguridad jurídica a la sociedad (García Marlarejo: 2006, p. 90), otro motivo más para delimitar el actuar de los jueces a lo estrictamente planteado por las partes en el marco del proceso.

Amplitud del debate procesal: En el numeral 3.1) ya se hizo referencia a los argumentos que refieren la necesidad de que el control de constitucionalidad esté presidido por un contradictorio. Para completar la postura contraria al control constitucional de oficio, solo resta agregar que por lo general, la legislación tiene previsto un método de debate amplio, con mecanismos de revisión de fallos (doble instancia), dentro del cual las partes pueden hacer valer todos los medios de defensa a su alcance para cuestionar o impugnar la validez o la constitucionalidad de las normas que una de ellas pretende hacer valer en juicio. La amplitud del debate (pensada por el legislador como otra garantía para un adecuado ejercicio del derecho a la defensa en juicio) torna ilegítima la actuación oficiosa de los jueces. De allí que no queda admitir –afirman los que entienden que el control constitucional de oficio resulta inconveniente– que sean los jueces quienes se atribuyan semejante facultad puesto que si actúan de oficio, necesariamente estarían introduciendo al debate un tema no planteado por ninguna de las partes con lo cual favorecerían a una en detrimento de la otra.

Ruptura con el equilibrio y la división de poderes: Para garantizar que el Poder judicial no se atribuya funciones que le corresponden cumplir al Poder Legislativo o al Ejecutivo, las Constituciones Nacionales modernas, siguiendo el diseño trazado por Montesquieu, limitan el accionar de los jueces al marco de los casos concretos.

En esas condiciones, los jueces solo pueden actuar válidamente, en tanto y en cuanto observen las reglas del debido proceso y por ello, no les queda otra alternativa que respetar el planteo de las partes y juzgar en consecuencia, sin que les sea permitido controlar la constitucionalidad de las normas de oficio. Permitir una intromisión de las características de una declaración oficiosa de inconstitucionalidad no solo implicaría que el Juez juzgue las causas ajenas en base a sus opiniones personales y sin apego a las leyes sino que además implicaría permitir que los jueces se constituyan en súper legisladores, con facultades de derogar, modificar o anular actos normativos dictados por el Poder Legislativo en pleno uso de sus facultades constitucionales. Por ello se sostiene que el control oficioso de constitucionalidad rompe con el esquema de equilibrio y división de poderes.

Desde esta visión del problema, la autoridad encargada de juzgar debe asumir que, para evitar escándalos jurídicos o situaciones potencialmente violatorias del orden constitucional que pueden producirse si las partes aceptan la aplicación de una norma que *solo el juez del caso* considera inconstitucional, el propio orden procesal prevé soluciones coherentes con las garantías, como por ejemplo, el mecanismo de doble instancia o la facultad de interponer recursos. Se debe tener presente que puede darse el caso de que un determinado juez ‘vea’ a una norma como inconstitucional y otro juez, respecto a la misma norma, no considere que exista tal irregularidad. En consecuencia, y a fin de no romper con el equilibrio y la división de poderes cuestionando e incluso impugnando la tarea del legislador, el juez se debe limitar a resolver sobre lo estrictamente planteado por las partes.

Reiterando lo expuesto en el último párrafo del numeral 2.2), somos conscientes de que los argumentos doctrinarios existentes para señalar las desventajas de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad no pueden ser agotados en tan pocas líneas. Sin embargo, albergamos la expectativa de que con lo expuesto hayan quedado reflejadas, al menos en sus rasgos esenciales, las ideas elaboradas para sostener que el control oficioso de constitucionalidad resulta inconveniente para el sistema procesal.

NUESTRA VISIÓN DEL PROBLEMA¹³

Luego de haber transitado el sendero de ideas y argumentos expuestos tanto por los partidarios del control oficioso de constitucionalidad como así también por aquellos que afirman que tal atribución deviene inconveniente para el sistema, creemos importante destacar antes que nada que la argumentación de los primeros nos resulta la más tentadora, no así la más conveniente. La carga emotiva de las ideas que se enroilan dentro de la línea favorable al control constitucional de oficio genera fuerte impacto en la sociedad. Resulta muy difícil –más aún para el ciudadano común que vive tan alejado de los tecnicismos y las formalidades del mundo jurídico– no sucumbir ante la seductora argumentación de los que sostienen que el juez tiene a su cargo la *excelsa tarea de hacer justicia*, o el deber de *hallar la verdad real*, o que *solo él conoce el derecho*, o que en aras del *orden público* debe velar por el mantenimiento del orden jerárquico, etc.

A todo ello debe sumarse que a esta posición adhieren juristas de la talla de Nestor Sagües, Ricardo Haro, Carlos S. Fayt y otros, por citar solo algunos de los grandes referentes que con su pluma y sapiencia defienden y fundamentan de manera brillante la tesis favorable al control constitucional de oficio.

Pero a pesar de la fuerza y la importancia que a priori ofrecen estos argumentos, y luego de haber meditado profundamente las ventajas y los inconvenientes que genera el control constitucional de oficio, entendemos que los jueces no se encuentran facultados, ni jurídica ni políticamente, a realizar el control constitucional de oficio y por tanto, rompen con una serie de cláusulas constitucionales (*entre ellas la garantía del debido proceso y la garantía del juez imparcial*) cuando actúan sin petición expresa de parte interesada.

Lo antedicho, lógicamente implica admitir nuestra total adhesión a los argumentos desarrollados en el numeral 3 del presente trabajo. Sin embargo, consideramos que el principal problema que plantea el tema pasa por analizar cuál es la función que la Constitución Nacional asigna a los

13 Como ya lo adelantáramos en la “Introducción” del trabajo, a partir de este punto, dejamos de lado la tarea descriptiva y pasamos a tomar parte en la controversia. Ésa es la razón por la cual en adelante, realizamos la redacción del texto apelando como recurso literario a la primera persona del plural.

jueces¹⁴ (Superti: 1998, p. 27 - 63) y a partir de ahí definir cuál es el tipo de proceso pensado por el Constituyente para que los ciudadanos diriman sus controversias apelando a “*la fuerza de la razón y no a la razón de la fuerza*” (Alvarado Velloso: 2000, p. 15).

El punto neurálgico de la cuestión pasa por determinar, primero, el rol que la Constitución le asigna a los jueces y, segundo, armonizar o ajustar dicho rol con el diseño procesal estructurado por el Constituyente para solucionar los conflictos intersubjetivos de intereses que surjan en la sociedad¹⁵ (Águila Grados: 2010, p. 9 - 17). Con la intención de profundizar estos dos puntos, seguidamente abordaremos, desde cuatro perspectivas, algunas cuestiones estrechamente relacionadas con la función de los jueces dentro de una República y por supuesto, con el diseño procesal “pensado” por el Constituyente.

En primer término, analizaremos si el control jurisdiccional de oficio guarda coherencia con la garantía del *debido proceso* (Alvarado Velloso & Calvinho: 2010, p. 188); en segundo lugar y como simple recurso didáctico, confrontaremos “cara a cara” a la potestad de controlar la constitucionalidad de oficio con el deber de imparcialidad de los jueces; tercero, hablaremos acerca de la limitación de los poderes del juez como una verdadera garantía para el ciudadano; y, finalmente realizaremos algunas disquisiciones acerca de la inaplicabilidad del aforismo “*iura novit curia*” dentro del modelo procesal vigente.

El control constitucional de oficio no resulta coherente con el diseño procesal previsto en la Carta Magna

Tanto los partidarios del control constitucional de oficio como los que niegan a la autoridad tal atribución coinciden en señalar que “ningún Juez puede declarar la inconstitucionalidad de las normas fuera del ámbito del caso concreto”.

14 Con referencia al tema, el autor citado realiza una extraordinaria disquisición respecto al tipo de proceso diseñado en la Constitución y las implicancias político – ideológicas inherentes a los sistemas de juzgamiento.

15 Allí se puede encontrar un interesante recorrido doctrinario que muestra que la causa del proceso está dada por los conflictos intersubjetivos de intereses entre las personas y su razón de ser obedece a la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima de la sociedad.

La justificación de lo antedicho se encuentra fundamentalmente en la necesidad de respetar el equilibrio y la división de poderes como pilares básicos de toda República. En consecuencia, habiendo pleno acuerdo de que por imperativo constitucional los jueces sólo pueden pronunciarse en los casos concretos que son sometidos a fallo, pareciera lógico afirmar que a raíz de ello, la actuación de los magistrados debe guardar coherencia y sobre todo respeto hacia los principios básicos que constituyen el punto de partida y que sirven de guía para la construcción del debido proceso¹⁶.

En esas condiciones, el tema en estudio, esto es, la facultad de los jueces para realizar el control constitucional de oficio necesariamente debe ser armonizado con los principios que gobiernan un proceso diseñado conforme a la Constitución. Los jueces no pueden interpretar ante sí mismos si gozan o no de una facultad tan amplia -*como lo es sin duda controlar la constitucionalidad de las leyes sin un pedido expreso de parte*- sin tener en cuenta el marco, o sea, los límites dentro del cual ejercen su magisterio.

Facultar a los jueces a que realicen de oficio el control de constitucionalidad implica, sin lugar a dudas, dotarlos de un enorme poder. Por tanto, cabe preguntarse si el diseño Constitucional de los países latinoamericanos, y en particular de la Argentina y el Paraguay, busca privilegiar y acrecentar el poder de los Poderes del Estado -*valga el juego de palabras*- por sobre el individuo, o, si por el contrario, las Constituciones intentan limitar el poder de los gobernantes sean estos presidentes, congresistas o jueces¹⁷, privilegiando de este modo los derechos y las garantías individuales del ciudadano por sobre el poder político. Dicho de otro modo, el diseño constitucional ¿contempla a jueces todopoderosos y justicieros?, o, por el contrario, abo-

16 Los principios procesales son las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo a la orientación filosófico – política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado. En tal sentido, prestigiosa doctrina establece que los principios procesales son solamente entre cinco: igualdad de las partes litigantes, imparcialidad del juzgador, transitoriedad de la serie, eficacia de la serie y moralidad en el debate. Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Prólogo al libro del Mg. Chileno Hugo Botto Oakley titulado "Inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer"*, Juris, Rosario, 2004, pp. XX - XXI.

17 Resulta importante destacar que en una verdadera República “el gobierno es ejercido en forma conjunta por los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control”. La CN del Paraguay, en su artículo 3 reivindica y consagra la idea de República mediante la bella fórmula citada.

ga por jueces realmente imparciales y concientes de su condición humana, cuya única misión, dentro de un Estado democrático y libertario es dirimir los conflictos intersubjetivos de intereses que se presentan en el plano de la realidad y que las partes someten a decisión del Poder Judicial (Alvarado Velloso: 2003, pp. 49-164).

Particularmente, consideramos que las respuestas a estas interrogantes resultan claras: Los modelos constitucionales vigentes, al menos en Argentina y Paraguay, son decididamente libertarios y por tanto, contrarios a que los gobernantes acumulen un poder exagerado que pueda dejar alguna rendija para el abuso. Esto significa que, en la inevitable disyuntiva axiológica a la que se vieron sometidos los legisladores Constituyentes cuando diseñaron la Carta Magna, privilegiaron a los valores ‘libertad’ y ‘seguridad jurídica’, por sobre los valores ‘justicia’ y ‘verdad’ que los jueces dicen perseguir cuando actúan de oficio¹⁸ (Superti: 1998, p. 58).

Siguiendo con esta línea de pensamiento, parece razonable sostener que el modelo procesal acusatorio puro es el único que se ajusta al diseño constitucional libertario vigente. Siendo así, tanto las facultades de las partes como la de los juzgadores dentro del proceso, deben quedar claramente definidas para que se pueda guardar un mínimo de coherencia con un Sistema procesal respetuoso de los mandatos, de los imperativos y de los límites trazados por el constituyente para todos los ciudadanos, incluidos, claro está, los jueces.

En el convencimiento firme de que un proceso verdaderamente respetuoso de los mandatos constitucionales debe edificarse sobre la base de los principios propuestos por el Maestro Adolfo Alvarado Velloso, esto es,

18 Sobre la importancia de los valores en juego a la hora de legislar, el autor refiere “Detrás de esta interrogante (se refiere a la actitud del juez frente al proceso) subyace una cuestión axiológica, pues si se responde afirmativamente se tributa a la búsqueda de la verdad pero se rompe el equilibrio esencial del proceso. Por el contrario, la respuesta negativa, abona la imparcialidad del tribunal y la igualdad de las partes, pero se sacrifica un eventual mayor acercamiento a la mentada verdad. En definitiva: si se aporta a la búsqueda de la verdad se reciente el proceso y si se aporta al proceso se resiente la búsqueda de la verdad. Por eso, en situaciones extremas, se está en presencia de un conflicto de valores, dado que para salvar uno debe sacrificarse otro. La posición que se adopte ante él será de contenido ideológico, pues en ese marco se ubica la jerarquización axiológica. He sostenido en reiteradas oportunidades que en la línea constitucional argentina, es innegable que se ha tomado partido a favor de salvar el proceso, aún a costa de soportar una cuota de impunidad por falta de certeza, respondiendo al sistema acusatorio [...].”

igualdad de las partes, imparcialidad del juzgador, transitoriedad de la serie, eficacia de la serie y moralidad en el debate (Alvarado Velloso: 2000, p. 260), sostenemos que la tarea y las atribuciones de los jueces en los casos concretos, no pueden quedar divorciadas del esquema lógico configurado por el sistema. En efecto, un verdadero sistema debe prever y sobre todo solucionar cualquier tipo de controversia interpretativa interna referida a la tarea que le cabe cumplir a las partes como así también a los jueces.

De este modo, todo se arregla dentro del sistema procesal ya que cualquier solución traída desde afuera, v.g. permitir actuaciones oficiosas de los jueces, automáticamente rompería con las reglas que sustentan el modelo procesal sistematizado en base a principios claros e irrenunciables que representan una garantía para los justiciables, frente la autoridad.

Lo primero que debe hacerse para tentar configurar un *sistema coherente con la idea de República*, es determinar de manera clara, precisa y de antemano, cuales son las funciones de todos aquellos que de alguna u otra manera intervienen en el marco del proceso. Así, parece claro que dentro de un sistema procesal respetuoso de los mandatos constitucionales y de los límites trazados a la autoridad, ni las partes pueden realizar las tareas que le corresponden al Juez, y a la inversa, el Juez no debería realizar tareas que son asignadas con exclusividad a las partes. Si toleramos que dentro del debate procesal cualquiera pueda realizar indistintamente las funciones de los demás, resulta obvio que no podríamos hablar lógicamente de un sistema, lo cual, irremediablemente conduciría al caos, la desorganización, la acientificidad, la asistematicidad y por supuesto, la arbitrariedad y la discrecionalidad por parte de la autoridad en detrimento del ciudadano¹⁹ (Superti: 1998, p. 62); y ¡vaya que la historia ha sido testigo de casos de abusos cometidos por quienes detentan el poder cuando no hay límites a la autoridad y cuando las reglas del juego no están claras o pueden quebrantarse fácilmente!²⁰ (González: 2006, p. 57).

19 El jurista argentino expresa literalmente “Esos límites, necesariamente, resienten la actuación funcional, pero son los que permiten la vigencia del sistema constitucional y del Estado de Derecho, marcando la diferencia con los sistemas absolutistas, donde todo depende de la “buena fe” de quien ejerce el poder y no de normas que reglamentan la convivencia y que incluyen a los que gobiernan”.

20 La autora realiza un interesante análisis acerca de la importancia de limitar el poder en un Estado de Derecho, grafica muy bien esta situación expresando que “las garantías constitu-

Veamos entonces someramente, algunas de las tantas previsiones del sistema procesal garantista que son dejadas de lado por los jueces cuando actúan de oficio.

Igualdad: El modelo procesal acusatorio, garantista, constitucional y libertario pensado por el constituyente, presenta un proceso, en el cual las partes, debaten, en pie de perfecta igualdad ante un tercero que como tal debe ser imparcial, impartial e independiente. En consecuencia, cualquier intervención oficiosa por parte del juzgador, en este caso realizando el control de constitucionalidad sin petición de parte, rompería “*el pie de perfecta igualdad*” en el que deben estar las partes dentro del proceso, dado que, se privilegiaría a uno de los litigantes en detrimento del otro.

Imparcialidad: Asimismo, el Juzgador perdería su condición de imparcial si introduce al proceso, de oficio, cuestiones no propuestas por las partes. Conviene recordar que el deber de imparcialidad constituye un imperativo constitucional y además, una garantía para el ciudadano, en tanto y en cuanto sirve de valla limitante a los poderes de la Autoridad. El tema se agrava si se toma en cuenta que la experiencia forense enseña que lo que para un juez resulta inconstitucional puede no serlo para otro y viceversa²¹, con lo cual, la visión introducida de oficio por la autoridad cae dentro de la esfera de lo eminentemente subjetivo.

Certeza en las relaciones jurídicas: Acaso uno de los valores más importantes anhelados por la Constitución para que la sociedad pueda convivir armónicamente, está dado por la seguridad jurídica. Indudablemente, la seguridad jurídica se logra solo si los ciudadanos tienen un mínimo de

cionales son solo un residuo liberal en los Estados totalitarios puesto que no concuerdan con la legislación totalitaria, que niega los valores individuales y los reemplaza por una estimativa transpersonalista”.

21 La diferencia de criterios judiciales existentes sobre la constitucionalidad de las normas quedan evidenciadas incluso dentro de un mismo cuerpo colegiado. Por ejemplo, en el Paraguay, donde existe control concentrado, la potestad de declarar la inconstitucionalidad de la norma queda a cargo exclusivo de una Sala Constitucional integrada por tres Miembros de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto, resulta sorprendente la cantidad de fallos que se dan “en mayoría”, lo cual implica, que al menos para uno de los jueces, una norma inconstitucional para sus colegas, resulta perfectamente adecuada al orden vigente o viceversa. Esta situación demuestra el peligro potencial de no limitar el poder de los jueces y abona nuestra tesis contraria al control de oficio.

certeza respecto al resultado de las diversas relaciones en la que se ven envueltos permanentemente en los distintos ámbitos de la vida.

Lo contrario, o sea, la falta de certeza en las relaciones jurídicas deriva necesariamente en el caos, lo que a su turno produce una cantidad de fenómenos disvaliosos para cualquier Estado de Derecho como por ejemplo, la pérdida de confianza en la justicia, la falta de inversiones económicas, la permanente tensión ciudadana debido a que los procesos no podrían ser capaces de garantizar la restauración de la paz social quebrantada por un determinado conflicto jurídico, etc.

Precisamente, apuntando a la certeza de la relaciones jurídicas un proceso garantista está estructurado en base a ciertos requisitos lógicos elementales que tornan previsible el debate.

A fin de no exceder el tema, simplemente mencionaremos uno de los tantos elementos integrantes del debido proceso que no son tenidos en cuenta por los Magistrados cuando afirman que se hallan facultados para actuar de oficio: La pretensión. En efecto, sabido es que para que pueda formarse válidamente un proceso, una de las partes debe necesariamente exponer su pretensión la que luego es trasladada a la otra parte para que la resista totalmente, la cuestione parcialmente o directamente la admita.

Pues bien, en el marco del debido proceso constitucional, la pretensión está conformada por ciertos elementos que sirven para garantizar el derecho a la defensa de la parte contra quien se pretende, así como para guardar respeto hacia la regla procesal de congruencia²² (Calvinho: 2004) y sobre todo, para otorgar certeza a la relación jurídico – procesal que se forma entre las partes.

Conforme al *esquema lógico* que nos presenta el Prof. Adolfo Alvarado Velloso, los elementos de la pretensión son: Los sujetos, el objeto y la causa (Alvarado Velloso: 2000, p. 102 - 103). La causa a su vez se compone por el *hecho invocado* en la demanda y la *imputación jurídica* que el actor efectúa al demandado con motivo del hecho.

22 El procesalista citado expone con lucidez y claridad que, de manera a garantizar y salvaguardar el debido proceso, resulta necesario que la causa de la pretensión esté integrada con la imputación jurídica, pues esta constituye en sí misma una verdadera garantía.

Como ya lo señalamos, la exigencia de que dentro del proceso se respeten todos los elementos del fenómeno procesal, encuentra fundamento en la lógica pura que debe tenerse presente para garantizar la vigencia y el respeto hacia el debido proceso previsto como garantía constitucional. Esta exigencia lógica, obliga a las partes de un proceso a que expongan en el debate absolutamente todas las cuestiones que entienden pueden afectar sus intereses, so pena, de no poder hacerlo más adelante (al menos en el mismo proceso) por respeto hacia la seguridad jurídica.

Consecuentemente, el juez ante quien se dirime la cuestión no se encuentra habilitado para cambiar, modificar o alterar de oficio las normas invocadas por las partes en respaldo de sus respectivas alegaciones. La razón de esta prohibición estriba en el hecho de que las reglas del juego de un proceso constitucional impone a una de las partes (y no al juez) la tarea de calificar jurídicamente su pretensión y, como consecuencia lógica de ello, obliga a la otra parte (no al juez) a que cuestione –si le parece– la constitucionalidad de la norma invocada en su contra.

Siguiendo esta línea de ideas, parece razonable concluir que el Juez no está facultado a controlar de oficio la constitucionalidad de las normas que fueron invocadas dentro del proceso, puesto que si la parte a quien supuestamente perjudica la norma que el Juez cree inconstitucional no la impugna, o lo que es igual en términos procesales, la consciente, no existirían motivos para que la autoridad jurisdiccional comprometa su imparcialidad juzgando en base a su exclusiva opinión.

El juez no solo está obligado a respetar las alegaciones de las partes sino lo que es más importante aún, debe respetar la estructura constitucional y los principios lógicos del debido proceso. Si se acepta que los jueces pueden romper el equilibrio, la igualdad y la regla de congruencia con actuaciones oficiosas de cualquier tipo, so pretexto de que ellos conocen el derecho, de que deben hacer justicia o buscar la verdad, las relaciones entre los ciudadanos carecerían de un grado de certeza mínima y lo que es más grave aún, la sociedad jamás podría alcanzar la seguridad jurídica imprescindible para garantizar la paz social.

Control de constitucionalidad de oficio vs. Deber de imparcialidad de los jueces como Garantía Constitucional

Otro de los aspectos decisivos del problema que representa para el sistema procesal el control jurisdiccional de oficio tiene que ver con el deber de imparcialidad de los jueces. El tema de la imparcialidad de los jueces puede ser visto desde varios enfoques, v.g. La imparcialidad como independencia del poder institucional, la imparcialidad como independencia de los poderes no institucionales, la imparcialidad intrajuzgado, sea a nivel subjetivo u objetivo, la imparcialidad funcional, la imparcialidad estructural, etc. (Superti: 1998, pp. 324 - 363).

Aunque nos sentimos tentados a profundizar sobre todas las implicancias contenidas dentro del mandato constitucional de ‘juez imparcial’, por cuestiones estrictamente metodológicas en esta ocasión solo referiremos brevemente a la imparcialidad del juzgador desde el punto de vista objetivo.

Una de las tantas aristas que ofrece el análisis de la imparcialidad del juez desde la perspectiva ‘objetiva’, a más de la ubicación institucional y las funciones que deben cumplir, está dada por cómo aparecen los jueces ante el justiciable, o sea, ante las partes. Al decir del Prof. Héctor Superti, esto significa que “el órgano que va a juzgar no se encuentre comprometido por sus tareas y funciones ni con las partes (impartialidad) ni con los intereses de las partes (imparcialidad) (Superti: 1998, p. 334).

Siendo así, la garantía constitucional del juez imparcial desde la óptica objetiva se logra sólo si el sistema impide a los jueces realizar la tarea que compete exclusivamente a las partes. En ese sentido, no creemos que exista discrepancia doctrinaria respecto a que entre las muchas atribuciones que sólo pueden realizar las partes (y por tanto no los jueces) se encuentran la facultad de promover demandas, contestarlas, recusar, probar, alegar, interponer recursos y por supuesto, *impugnar la constitucionalidad de las normas* que consideran lesiva para sus derechos.

La lógica que sostiene al sistema procesal garantista resulta impecable precisamente porque determina con precisión las facultades y los deberes de las partes y del juzgador. Nadie duda de que a los jueces, dentro de una República, no les está permitido apelar una resolución o deducir algún incidente dentro de los procesos en los que actúan como autoridad.

Sin embargo, llamativamente y debido tal vez a que la sociedad no puede desembarazarse del todo de los resabios inquisitoriales y autoritarios vigentes desde los tiempos de la colonización española y potenciados durante las largas y nefastas dictaduras de la década de los 70 y 80, algunos sectores, cuya solvencia intelectual y buena intención no ponemos en tela de juicio, siguen insistiendo en que los jueces pueden, por si mismos y sin petición de parte, **cuestionar la validez o la constitucionalidad de una norma sobre la cual las partes no tienen objeciones**, sin advertir que tal facultad va de contramano con el diseño constitucional del debido proceso ya que implica desnaturalizar la garantía del juez imparcial.

La única manera de consolidar la libertad y fortalecer la República es exigiendo al órgano jurisdiccional que no rompa con el equilibrio procesal representado bajo la forma geométrica del triángulo equilátero, que nos recuerda permanentemente –y nos alerta como el tábano al caballo o como a Sócrates su demonio– que todo debate debe estar presidido por la igualdad de las partes así como la imparcialidad y la independencia del poder judicial. Si no existen límites claros a las atribuciones de los jueces o si se permite que éstos realicen tareas exclusivas de las partes (como por ejemplo cuestionar la constitucionalidad de las normas), vemos muy difícil que el ciudadano pueda aspirar a convivir con sus pares en el seno de una sociedad libre y democrática tal como lo quiere la Constitución.

Limitación de los poderes del juez: Una garantía para el ciudadano²³

Si como hemos visto, la Constitución define y defiende un proceso eminentemente dispositivo, donde la suerte del mismo depende únicamente de la voluntad de las partes y donde la garantía del juez imparcial juega un rol protagónico para el Estado de Derecho, nos preguntamos ¿cómo se compatibiliza lógicamente con dicho modelo la idea de que un juez pueda realizar el control constitucional de oficio, impugnando la norma y prescindiendo de la voluntad de las partes? Parece razonable sostener que no puede hablarse lógicamente de jueces imparciales si éstos pueden actuar de oficio, impugnando y luego resolviendo ante ellos mismos la constitucionalidad de la norma. Resulta obvio que las actuaciones oficiales de cualquier tipo

23 Katty Mabel González La autora presenta un interesante desarrollo acerca de la evolución de las garantías constitucionales en Latinoamérica.

hacen que se pierda de vista cuales son los límites que nos permitirán controlar el poder de los jueces.

Nos resulta muy delgada la línea –si acaso la hay– que separa la potestad de los jueces de actuar de oficio de la posibilidad de que se comentan abusos de poder en detrimento de los justiciables.

Aquí cabe nuevamente la pregunta acerca de ¿cuál es el límite de la actuación de oficio de los jueces al realizar el control de constitucionalidad? El problema se agrava si recordamos que dicha potestad no proviene de la ley sino de la interpretación que los propios jueces realizaron sobre sus potestades²⁴.

Si no existen límites claros a la facultad de los jueces, la ciudadanía queda expuesta, al menos potencialmente, a peligrosos actos de abuso de poder, más aun considerando que son los propios jueces quienes llegado el caso tienen que juzgar el límite de sus atribuciones, lo cual implica, en cierto modo, permitir que los mismos actúen como jueces y parte. Por ello compartimos la opinión del Dr. Víctor Corvalán cuando afirma que *el problema es más político que jurídico* (Corvalan: 2005).

El debido proceso que la Constitución prevé, garantiza una equitativa distribución de poderes y facultades entre las partes y el juez precisamente con la finalidad de evitar los abusos que normalmente se generan con la concentración de poderes. Por ello es importante definir los límites dentro del cual las autoridades, en este caso los jueces, pueden actuar.

Tolerar la concentración de poder (y la falta de límites al mismo) que representa que los jueces impugnen o ‘controlen’ –como les gusta decir eufemísticamente a quienes defienden a los jueces protagonistas y justicieros– la constitucionalidad de las normas por sí mismos y ante sí mismos, con prescindencia de la voluntad de las partes, implica aceptar un quiebre de la igualdad que debe existir entre los justiciables y una ruptura con la imparcialidad que los jueces deben guardar hacia aquellos, lo cual automáticamente convierte al sistema procesal en una herramienta de opresión y de autoritarismo al servicio de quienes detentan el poder.

24 Nos remitimos a la nota al pie N° 15 realizada en este trabajo referida al copioso recuento jurisprudencial histórico realizado por el Prof. Néstor Pedro Sagües.

Inaplicabilidad del principio “*iura novit curia*” dentro del modelo procesal garantista vigente

Podría cuestionársenos que todo lo antedicho colisiona frontalmente con la antigua regla que nos viene de Roma y que reza “*iura novit curia*”, es decir, el juez conoce el derecho. Aplicada al marco procesal, históricamente, este aforismo permitió a las partes exonerarse de la obligación de realizar una adecuada imputación jurídica a los hechos alegados y a los cuales le asignan trascendencia jurídica. Por tanto, las partes tampoco están obligadas a saber si la norma invocada dentro del proceso resulta constitucional o no.

Semejante exoneración encuentra fundamento y aceptación debido a que –como ocurre con otras tantas instituciones procesales que no fueron ajustadas a la evolución del marco constitucional como la absolución de posiciones por ejemplo– tanto los jueces, las partes y los abogados venimos aplicando mecánicamente y sin mucha reflexión figuras e institutos jurídico - procesales que hoy por hoy, al menos, merecen ser revisados a fin de ajustarlos al actual contexto histórico y principalmente a los mandatos constitucionales del debido proceso.

En efecto, mediante la regla ‘*iura novit curia*’, el juez básicamente lo que hace es decirle a las partes de un proceso que se limiten a entregar los hechos ya que él conoce el derecho. Consecuentemente, poco o nada le importa al juzgador la calificación jurídica que hagan los interesados o la falta de impugnación de una norma “inconstitucional” dado que en última instancia, es el juez el encargado de realizar el encuadre jurídico del tema sometido a su decisión o de efectuar el control constitucional de las normas invocadas puesto que ‘solo él conoce el derecho’.

Pues bien, luego de profundizar en los principios y las reglas que componen al debido proceso, creemos razonable afirmar que el clásico aforismo ‘*iura novit curia*’ no se ajusta a las previsiones constitucionales y legales vigentes en esta época y en este tiempo. Un poco de historia nos ayudará a comprender mejor el planeo.

Es sabido que la regla ‘*iura novit curia*’ es uno de los muchos legados del Derecho Romano. En tal sentido, vale la pena recordar que en Roma, solo algunos pocos ciudadanos estaban al tanto del contenido de la ley, es decir, solo un puñado de notables –por decirlo de alguna manera–

podía acceder a un nivel de información tal que les permitiera conocer a profundidad las previsiones legales que debían regir las situaciones conflictivas dentro de la sociedad.

En esas condiciones, si dos partes mantenían un litigio, debían necesariamente acudir ante un tercero que por lo general se destacaba por su conocimiento acerca del contenido de las leyes. Debido a que solo el tercero, con exclusividad, conocía el derecho, entonces resultaba lógico que las partes se limitaran a narrar los hechos. Precisamente, la principal garantía con la que contaban las partes era que el tercero ante quien debatían conocía perfectamente el contenido de las normas jurídicas vigentes y por tanto estaba en condiciones de dirimir la controversia según el marco legal imperante en la sociedad.

El aforismo que grafica la diferencia entre la función que cumplían los jueces y la función exclusiva de las partes dentro del marco de discusión de los conflictos intersubjetivos de intereses en el derecho romano rezaba “*narra mihi factum, dabo tibi jus*”. Esto significa que en el proceso romano, el Juez le ordenaba a las partes que le provean los hechos ya que él les daría el derecho atendiendo a que “*iura novit curia*”.

Si bien asumimos plenamente que no resulta posible sintetizar todo el esquema procesal romano en tan pocas líneas, pecando de pragmáticos, nos atrevemos a afirmar (no sin antes pedir disculpas por nuestra audacia a los estudiosos del Derecho Romano) que la lógica subyacente detrás del aforismo “*iura novit curia*” ha sido graficada, al menos a groso modo, con lo antedicho. Ahora bien, qué ocurre dentro del esquema procesal actual.

Ya hemos dicho respecto al esquema procesal diseñado en la Constitución y para completar la idea allí expuesta, resta añadir que en la actualidad, importante corriente doctrinaria ha puesto en tela de juicio y viene cuestionando la vigencia y la aplicabilidad de la regla *iura novit curia* dentro del esquema del debido proceso (Meroi: 2002) como garantía constitucional (Bentolila: 2007, pp. 56-74).

Como ya vimos, en el Derecho romano la única solución posible pasaba por otorgar a los jueces la potestad de realizar el encuadre jurídico de la situación de hecho planteada por las partes debido a que aquellos *tenían el monopolio acerca del conocimiento de la ley*. Pero si bien se mira, tal cosa no ocurre en nuestros días ya que los jueces han perdido el monopolio

sobre el conocimiento de las leyes o al menos, se han visto obligados a compartir dicho privilegio con el resto de la sociedad.

A modo de ejemplo basta recordar que dentro del orden jurídico vigente todos los habitantes de la República están obligados a conocer las leyes que rigen la sociedad debido a que “La ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento [...]” (Código Civil de Paraguay, artículo 8), o lo que es igual, no se puede alegar ignorancia o desconocimiento para evadir el mandato legal. O sea que, por una ficción –presuntuosa pero vigente– no solo los jueces conocen el derecho sino que también el resto de la comunidad lo conoce. Esto equivale a afirmar que en el actual contexto histórico en el que convivimos, si bien *“iura novit curia”* también *“iura novit populi”*, situación que –a nuestro entender– obliga a revisar seriamente la facultad que se atribuyen los jueces para declarar la inconstitucionalidad de las leyes sin petición expresa de parte interesada en base a que “*sólo ellos conocen la ley*”.

Un último detalle que hace a la inaplicabilidad del aforismo *“iura novit curia”* tiene relación con la asistencia especializada que reciben las partes en el marco del proceso. A diferencia de lo que ocurría en Roma, donde no siempre era factible estar asistido por profesionales, dentro del actual régimen procesal constitucional todos los justiciables acuden al proceso patrocinados o representados por abogados.

La obligatoriedad de la asistencia letrada fue contemplada en la ley precisamente para garantizar al justiciable una adecuada defensa técnica en la inteligencia de que los abogados son expertos en leyes y en tal carácter conocen el derecho igual que los jueces. Dentro de este marco, afirmar que “solo el juez conoce el derecho” pareciera cuanto menos, un acto de soberbia por parte de la autoridad. Dentro de una República no puede consentirse, bajo ningún pretexto, que la autoridad subestime la inteligencia de los ciudadanos, más aún si se considera que jueces y abogados ostentan idéntica formación universitaria. Mal que le pese a la autoridad, en un Estado de Derecho los jueces no pueden pretender erigirse en una casta de “iluminados” cuya misión radica en **“hacer justicia”**²⁵ ya que son tan conocedores de la ley como cualquier otro ciudadano.

25 Resaltamos la frase “hacer justicia” debido a que como bien lo señala Adolfo Alvarado Velloso, en los últimos tiempos y merced a la actitud “iluminada” de los jueces justicieros,

En un sistema republicano y democrático, el juez debe limitarse a cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley a los casos concretos sometidos a su decisión respetando las reglas del debido proceso. El hecho de que la Constitución reafirme valores como la libertad y la igualdad ante la ley y además, se preocupe en delimitar claramente el poder de los gobernantes –sean estos del poder ejecutivo, legislativo o judicial– son señales claras de que los abusos de poder no están permitidos y menos dentro del marco del proceso, el cual debiera constituirse en el “último bastión de la libertad”. Es más, nos atrevemos a afirmar que para la Constitución, son las partes las dueñas del proceso y no el juez. Desde el punto de vista constitucional y lógico, parece evidente que la actuación procesal de oficio, mal legitimada por medio del aforismo *iura novit curia*, constituye una clara manifestación de súper poderes por parte de la autoridad en detrimento de las partes.

Si queremos erradicar todo conato de abuso de poder de parte de los jueces y lograr la vigencia de las garantías constitucionales como el debido proceso, el juez imparcial, la igualdad de las partes ante la ley, etc. el sistema procesal debe impedir que los encargados de dirimir los conflictos de intereses entre los ciudadanos desvirtúen la esencia del proceso actuando de oficio.

CONCLUSIONES

- 1) El control constitucional de oficio plantea menos ventajas que inconvenientes para el sistema procesal garantista ya que de algún modo hace que el juez cumpla funciones que competen exclusivamente a las partes.
- 2) Los jueces deben enmarcar su actuación a los límites constitucionales trazados para garantizar el debido proceso a fin de hacer previsible el debate procesal y con ello garantizar la seguridad jurídica.

“se ha logrado con ello una Justicia que actúa ilegítimamente en procura de obtener una vaga, difusa y cada vez más incomprendible justicia particular...que además, es un concepto diferente para cada uno de los miles de jueces que actúan contemporáneamente”. *Ob. cit.*, *El debido proceso*, p. 16.

- 3) La declaración de inconstitucionalidad sin petición de parte violenta la garantía del juez imparcial y rompe el equilibrio y la igualdad que deben presidir el debate racional que se realiza en el marco del proceso.
- 4) El proceso dispositivo está estructurado en función a ciertas reglas que deben ser respetadas por los jueces, v.g. la regla de congruencia, los elementos de la pretensión, la carga de la confirmación, etc. Asimismo, el proceso constitucional dispositivo garantiza suficientemente a las partes la posibilidad de impugnar, revisar, cuestionar o criticar los actos, las disposiciones judiciales o las normas legales que estimen lesivos para sus derechos, ejemplo: doble instancia, apelación, traslado previo, igualdad de audiencia, etc., motivo por el cual no se justifica la actuación de oficio.
- 5) Debido a que el control de constitucionalidad plantea un problema más político que jurídico, resulta necesario limitar claramente las atribuciones y las facultades de los jueces dentro del proceso a fin de evitar actos de abuso de autoridad y sobre todo, para garantizar que el sistema de juzgamiento sea coherente con el modelo constitucional liberal diseñado por el constituyente.
- 6) El aforismo *iura novit curia* no legitima el control constitucional de oficio dado que en el actual sistema de juzgamiento se presume que todos los ciudadanos deben conocer el derecho, a lo que debe sumarse que las partes están obligadas a acudir al proceso asistidas por expertos en materia legal para garantizar una adecuada defensa técnica.
- 7) Adherimos a la Moción de Valencia en todas sus partes destacando particularmente el párrafo que dice “[...] El Estado democrático debe garantizar a todas las personas que podrán iniciar y realizar un proceso en condiciones de igualdad. A ese efecto adoptará las medidas que se estimen necesarias, como la asistencia jurídica gratuita a cargo del propio Estado, pero no podrá el juez de un proceso concreto, en tanto que tercero e imparcial, asumir funciones o deberes de promoción de esa igualdad sustancial” (Montero Aroca: 2008, pp. 444-445).
- 8) El control constitucional de oficio *deviene jurídicamente incorrecto* ya que contraviene garantías tales como la del *juez imparcial* y del *dicho proceso*, y *resulta políticamente peligroso* puesto que impide a

la sociedad conocer adecuadamente cual es el límite del actuar de los jueces, sacrificándose de esta manera el derecho fundamental de todo ciudadano de controlar a las autoridades que detentan el poder.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁGUILA G., G. (2010) *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, San Marcos - EGACAL, Lima, Perú. p. 9 a 17.
- ALVARADO V, A. (2000) *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Rubinzel - Culzoni, Santa Fe, Argentina. Tomo I, p. 28.
- ALVARADO V, A. (2006) *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, EGACAL, Lima, Perú. p. 8.
- ALVARADO V, A. & Calvino, G. (2010) *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, La Ley, Buenos Aires, Argentina. p. 29-30.
- BENTOLILA, J. J. (2007) *Iura Novit Curia: Esa omnisciencia judicial*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista, Lima, Perú. EGACAL. p. 56-74.
- CALVINO, G. (2004) *La pretensión procesal y la regla de congruencia*, Ponencia ganadora del premio Humberto Briceño Sierra, VI Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal Garantista, Azul, Argentina.
- CÓDIGO CIVIL DE PARAGUAY.
- CORVALAN, V. (2005) *Judicatura y Declaración oficiosa de Inconstitucionalidad*, VII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal Garantista, celebrado en la ciudad de Azul - Argentina.
- GARCÍA M, F. (2006) *La Declaración oficiosa de Inconstitucionalidad*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista, EGACAL, Lima, Perú. p. 90.
- GONZÁLEZ, K. M. (2006) *Garantías Constitucionales en el constitucionalismo iberoamericano*, Intercontinental, Asunción, Paraguay. p. 57.
- HARO, R. (2003) *El control de constitucionalidad*, Zavalía, Buenos Aires, Argentina. p. 77.
- KELSEN, H. (2005) *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, Argentina. p. 130 y scs.
- MEROI, A. (2002) *Iura Novit Curia y Garantías procesales*, III Congreso Nacional argentino de Derecho Procesal Garantista, celebrado en la ciudad de Azul - Argentina.

- MONTERO A, J. (2008) (Coordinador), *Proceso Civil e ideología - Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos y moción de Valencia*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile. pp. 444-445.
- SAGUES, P. N. (1992) *Recurso Extraordinario*, Astrea, Buenos Aires, Argentina. p 142.
- SUPERTI, H. (1998) *Derecho Procesal Penal - Temas conflictivos*, Juris, Rosario, Argentina. pp. 35 a 63.