

La acción declarativa de inconstitucionalidad y la posibilidad de un diálogo democrático*

The declaratory action of unconstitutionality and the possibility of a democratic dialogue

Por Ana Inés Perea Astrada** y Lucía Laferriere***

Resumen: El presente trabajo pretende ofrecer una propuesta de regulación de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista por el art. 165, inc. 1º apartado a) de la Constitución de la Provincia de Córdoba, desde una perspectiva dialógica.

A tal fin, se desarrolla el concepto de control de constitucionalidad y se analizan los requisitos jurisprudenciales delineados por el TSJ respecto de esta acción. La figura, tal como se encuentra diseñada actualmente resulta insuficiente, en tanto se basa en una perspectiva dicotómica y que, fundada en un control de constitucionalidad estrictamente judicial, clausura la posibilidad de una deliberación democrática que contribuya a fomentar la apropiación de la Constitución por parte de la ciudadanía.

Se toma como punto de partida el trámite que actualmente se le imprime y se propone una regulación que incluya una actividad dialógica. Basado en su carácter preventivo y dado que la norma ha sido revisada por los tribunales luego de su dictado, pero antes de su aplicación, entendemos que se encuentra en una situación ideal para que vuelva a la Legislatura, o al Consejo Deliberante según sea el caso, para un nuevo análisis a la luz de las consideraciones efectuadas por el Poder Judicial.

Esta propuesta de debate democrático no es parte de un camino hacia un control político de constitucionalidad, sino solamente una herramienta para fortalecer las instituciones de la República y resignificar el rol desempeñado por el Poder Judicial.

Palabras Clave: Acción declarativa de inconstitucionalidad, Control de constitucionalidad, Justicia dialógica, Democratización del poder judicial.

* Recibido el 28/09/2016 y aprobado definitivamente para su publicación el 01/03/2017.

** Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

*** Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Abstract: The aim of this paper is to analyze the regulation of the action of unconstitutionality (art. 165, inc. 1st paragraph a) of the Constitution of Córdoba- Argentina) from a dialogic perspective.

To this end, we have examined the concept of the judicial review, outlined by the Supreme Court in regards to this action. We find the concept insufficient, as it is based on a dichotomous perspective and is, based on a review of the constitutionality, strictly judicial. It also prevents the possibility of democratic deliberation that contributes to promoting the appropriation of the Constitution by the citizenship.

Therefore we suggest a dialogue between the two institutions. Undertaking a preventative approach, we would advise that, after the courts have reviewed the standard, but before application, it should return to the Legislative body or the Deliberative Council for further analysis.

Furthermore, the proposed democratic debate should not be viewed as part of a path to political control, but rather a tool to strengthen the institutions of the Republic.

Keywords: Action of unconstitutionality, Judicial review, Dialogic judicial review, Justice in democratizing societies, Deliberative democracy.

Introducción

La declaración de inconstitucionalidad de una norma es, indudablemente, una de las tareas más delicadas que se ha reservado a los jueces. Ostenta una relevancia institucional excepcional, al poner en cuestión lo decidido por los representantes del pueblo elegidos por el voto popular. Revisar si el contenido de una ley es válido o no -a la luz de los principios y valores contenidos en la Carta Magna- implica el ejercicio de una elevada función política resultante de la división de poderes como eje fundamental de la Republica.

Ahora bien, consideramos que cuando esa declaración se produce, al no encontrarse previsto un mecanismo de articulación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo, el proceso democrático de sanción de leyes se ve afectado y sin posibilidad de enriquecerse con el análisis efectuado por los tribunales. Al decir de Linares: "...en principio, siempre hay algo valioso que se pierde cuando las Cortes imponen –a la sociedad en su conjunto- con carácter final su parecer en cuestiones públicas de gran relevancia, incluso cuando aciertan en sus decisiones”(2013).

Es por eso, que el objeto del presente trabajo es ofrecer una propuesta de regulación de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista por el art. 165, inc. 1° apartado a) de la Constitución de la Provincia de Córdoba a fin de salvar la laguna existente, desde una perspectiva dialógica. Entendemos que a través de un diálogo más fluido entre las instituciones estatales, se cumple el objetivo de democratizar al Poder Judicial y con él, mejorar el Estado para todos los ciudadanos.

Control de Constitucionalidad

La delicada tarea del control de constitucionalidad no se encuentra impuesta normativamente a los Tribunales, no obstante lo cual puede derivarse de una interpretación armónica del ordenamiento, particularmente de los arts. 28 y 31 de la propia Constitución Nacional. Cabe aclarar que luego de la reforma constitucional de 1994, esta facultad surge expresa en los casos de amparo previstos por el art. 43 C.N.

Para delimitar el alcance de esta actividad ha resultado trascendental la función pretoriana de los tribunales. La Corte explicitó su funcionamiento e importancia por primera vez en el fallo “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. De Elortondo” (Fallos 33:194) en el que afirmó que:

Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional. (Sagües, 2009, pág. 47)

Así, el control de constitucionalidad se erige como una condición indispensable para la supervivencia del Estado de Derecho constitucional.

La vigencia efectiva de la Constitución y de las garantías fundamentales que ésta contiene para la defensa de los derechos esenciales del ser humano requiere inoslayablemente de mecanismos que garanticen con vigor su supremacía, esto es, la subordinación de todo el orden jurídico argentino a dicho estatuto principal.

En Córdoba, al igual que a nivel nacional, el control de constitucionalidad es mixto. Como regla general es difuso, por lo que es ejercido por todos los jueces de cualquier competencia y grado, siempre ante el caso concreto. El control puede realizarse de oficio cuando el juez detecta que la norma aplicable al caso no supera el test de constitucionalidad o a pedido de parte, ya sea por vía incidental (como excepción o defensa) dentro de un proceso que procure una condena o por vía principal, a través de alguna acción constitucional (amparo, habeas data, habeas corpus, acción declarativa de certeza).

Sin embargo, ciertas acciones, en las que se procura de manera exclusiva la declaración respecto de la adecuación constitucional de una ley, el control es concentrado y, en consecuencia, ejercido por el Tribunal Superior de Justicia. Tal es el supuesto de la acción declarativa de inconstitucionalidad provincial prevista en el art. 165, inc. 1° ap. a) de la Constitución Provincial.

Por lo general, el efecto del control se limita al caso concreto, al cual la norma será inaplicable. No obstante, algunos ordenamientos prevén efectos *erga omnes* a esta declaración, (Chaco, Chubut, Neuquén, Río Negro, Santiago de Estero, Tierra del Fuego); en ciertos casos con exigencias especiales, como la necesidad de que el Superior Tribunal de Justicia declare por dos veces consecutivas o tres alternadas la inconstitucionalidad de una norma (Chubut) o que sea declarada por el Superior Tribunal de Justicia, por unanimidad y por tercera vez, y se determine expresamente declarar abrogada la norma constitucional; si se trata de una ley, el Superior Tribunal debe dirigirse a la legislatura a fin de que la derogue, lo que se produce automáticamente de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación (Rio Negro). En la ciudad Autónoma de Buenos Aires, la declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia definitiva, por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes; esa ratificación no altera los efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior (Arazi, 2006, pág. 141).

Las posturas críticas en relación con el control judicial de constitucionalidad –cuyo análisis detallado excede los límites del presente–, se basan en que cualquier decisión de los Tribunales Superiores limitando la validez de una ley implica una ofensa a la democracia. Sostienen sus argumentos en la falta de credenciales democráticas que ostentaría el Poder Judicial, en tanto que sus miembros no son elegidos por el voto popular. Como lo explica Gargarella:

Cada vez que ellos (el Poder Judicial) declaran inconstitucional una ley, aparece la pregunta acerca de cómo puede justificarse que la rama política del poder, que es la que cuenta con mayor legitimidad democrática en términos relativos, sea “derrotada” por aquella que, en tales términos, aparentemente, goza de menor legitimidad. (Gargarella, 2008, pág. 573)

Por su parte, Arazi, considera que la objeción “puede tomarse también a favor del control jurisdiccional porque, precisamente, los jueces tienen, entre otros, el deber de asegurar los derechos de las minorías” (Arazi, 2006, pág. 134).

Acción Declarativa de Inconstitucionalidad Concepto

La acción declarativa de inconstitucionalidad es una acción sustancial mediante la cual se viabiliza el ejercicio de la jurisdicción constitucional en instancia originaria (Torres Aliaga, 2011) ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba respecto de leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, Cartas Orgánicas y ordenanzas que estatuyan materia regida por la Constitución Provincial y se controviertan en caso concreto a pedido de parte interesada.

Al deliberar en la reforma constitucional de 1987, el convencional Arato sostuvo que:

Se trata de un control de excepción, en caso contrario estaríamos transformando al Poder Judicial, cuyos miembros no son elegidos en las urnas, en un órgano político específico encargado del control por

sobre el Poder Legislativo. Esto resultaría inadmisibile en un régimen democrático fundado en la soberanía popular.¹ (Ortiz, 1997)

Por su parte, el Tribunal Superior la ha delineado en los siguientes términos:

Acción directa de inconstitucionalidad provincial de indiscutido carácter *iuspublicista*, enmarcada dentro de la doctrina judicial según la cual, la declaración de inconstitucionalidad de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, sólo practicable como razón ineludible del pronunciamiento a dictarse².

Como agudamente ha señalado Patricia Junyent, la expresa asignación de dicha competencia al Alto Cuerpo provincial se asemeja a la que en los sistemas concentrados de control constitucional otorgan a un órgano especialmente creado de rango institucional supremo la delicada misión de juzgar acerca de la adecuación constitucional de las normas formales de la Nación (Junyent de Dutari, 2006), lo que destaca la trascendencia política y social de la función encomendada.

Marco Normativo

El art. 165 de la Constitución de la Provincia de Córdoba establece las competencias del Tribunal Superior de Justicia. En su inciso primero, señala que le corresponde

Conocer y resolver originaria y exclusivamente, en pleno:

a. De las acciones declarativas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, Cartas Orgánicas y ordenanzas, que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución, y se controvertan en caso concreto por parte interesada.

La norma constitucional no ha tenido regulación en los códigos de procedimiento, siendo solamente replicada textualmente en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Provincial N° 8435), al fijar las competencias del Tribunal Superior de Justicia.

Si bien la Carta Magna Provincial establece que debe resolver el Tribunal Superior en pleno, su tramitación debe sustanciarse por intermedio de alguna de sus Salas. En virtud de ello, a través de la Acordada N° 526 serie A de fecha 30/12/1999 se decidió que las acciones declarativas de inconstitucionalidad se tramitan en la Sala Electoral (TSJ, Córdoba, 2016).

Procedimiento

Cómo hemos señalado, existe en nuestra Provincia un vacío legislativo en relación con el procedimiento a seguir en la acción declarativa de inconstitucionalidad. Es por ello que, a

¹ Tomado por la autora del Diario de Sesiones, T. I, p. 870.

² Esta descripción fue mantenida en “Braceras, Isidro y otros c/ Provincia de Córdoba” Auto N° 7, 25/04/2000; “Sucesión de Francisco Panetta c/ Municipalidad de Córdoba – Acción de inconstitucionalidad”, Auto N°11 de fecha 01/06/2000; “SUOEM Las Varillas y zona c/ Municipalidad de las Varillas – Acción de inconstitucionalidad” Sent. N° 16, 10/12/2003, entre otros.

fin de favorecer su tramitación, el Tribunal Superior de Justicia ha decidido que, al tratarse de un proceso constitucional, se sustancie por el trámite más breve que prevea la ley local, es decir, el juicio abreviado previsto por los arts. 507 y siguientes del CPCC.

El Tribunal Superior de Justicia, en autos “Mocciario, María Isabel c/ Provincia de Córdoba y otra – Acción de Inconstitucionalidad” dijo que:

Frente a la ausencia de normas adjetivas que reglamenten los presupuestos, condiciones de ejercicio y trámite de la acción declarativa en el ámbito de nuestra provincia, nada impide a este cuerpo que entre las distintas alternativas posibles, adopte un criterio amplio en materia de control de constitucionalidad local, que resulte más asequible a la justiciabilidad de las cuestiones constitucionales. (Sent. N° 17, 18/11/1999)

Se ha adoptado el trámite del juicio abreviado ya que es el que se encuentra previsto en el art. 413 del Código de rito para la acción declarativa de certeza, que guarda una notable analogía con la acción declarativa de inconstitucionalidad. Ambas acciones se caracterizan por ser un instrumento procesal para poner fin a un estado de falta de certeza, ya sea de hecho o de derecho, que se cierne sobre la existencia, eficacia, modalidad o alcance de una relación jurídica, de modo tal que la intervención del Tribunal resulta necesaria a fin de superar el estado de incertidumbre y prevenir la producción de un daño injusto (Ortiz, 1997). La nota característica de la acción declarativa de inconstitucionalidad frente a la de certeza consiste en su objeto, que en aquella se limita exclusivamente a la determinación de la constitucionalidad o no de la norma. Asimismo, cabe diferenciar ambas acciones en relación al tribunal competente, en tanto que mientras que para la acción prevista por el art. 413 del CPCC son competentes los tribunales ordinarios – quienes ejercerán a su vez el control de constitucionalidad difuso– la acción declarativa de inconstitucionalidad se tramita de manera originaria y exclusiva ante el Tribunal Superior de Justicia, cuya competencia resulta extraordinaria y excepcional.

El dato más característico de su tramitación está dado por el juicio de admisibilidad formal previo que debe realizarse atento a su carácter de proceso excepcional (Torres Aliaga, 2011) y se sustancia con una vista al Ministerio Público Fiscal a fines de que se expida sin carácter vinculante respecto a la admisibilidad formal. Una vez evacuada la vista por el Ministerio Público, de surgir manifiesta la improponibilidad objetiva de la acción, el TSJ la declara inadmisibile, a fin de evitar que innecesariamente se genere una duda constitucional sobre las normas cuestionadas mientras se sustancia la causa (Gómez, 2005).

Requisitos

Atento a la falta de regulación señalada, esta acción ha sido delineada a través de la jurisprudencia constante del Tribunal Superior de Justicia.

En este sentido, de conformidad con la lectura que el Superior Tribunal efectúa del art. 165, inc. 1 ap. a) de la Constitución Provincial, los requisitos de sustanciación de la acción son los siguientes:

a) Subsidiariedad de la vía:

Si bien la norma constitucional no establece este requisito, el Tribunal Superior ha entendido que la acción es inadmisibile en tanto existan otras vías procesales idóneas para lograr una tutela efectiva de los derechos y garantías constitucionales en juego³.

Cabe aclarar en primer lugar que, no obstante la exigencia planteada por el Máximo Tribunal Local, coincidimos con la doctrina que sostiene que no cabe postular un criterio de supletoriedad a ultranza, ya que si en la acción declarativa de inconstitucionalidad las partes han expuesto y desarrollado todos sus argumentos y prueba, no habría por qué desestimar esa acción para tener después que repetir lo actuado, en un trámite de condena.⁴ Como claramente lo explica Toricelli al comentar el criterio de la CSJN en los casos “Bridas” y “Massalin Particulares”, la traslación de un criterio estricto a los distintos supuestos de acción declarativa llevaría a su total aniquilación, dado que siempre quedaría al actor la posibilidad de esperar a la consumación del perjuicio y luego iniciar la acción de condena correspondiente (2009, pág. 97). En esta inteligencia debe destacarse una vez más que, como proceso constitucional, este instituto procura la tutela efectiva de derechos, y no sólo un posicionamiento respecto de la norma (Gómez, 2005).

b) Carácter preventivo

La acción declarativa de inconstitucionalidad presupone una amenaza de vulneración constitucional que genera un estado de incertidumbre en quienes prevén resultar vulnerados por la norma atacada. Así, la certeza que se procura se constituye en un bien en sí misma.

La doctrina ha señalado que:

El interés en su deducción reposa en el estado de incertidumbre que no presupone un daño actual, en el sentido de derecho violado, sino en el interés en prevenir una situación perjudicial, dado por una situación de hecho que, sin la declaración de certeza, sobrevendrá. (Enderle, 2002)

Este criterio fue ya expuesto en tiempos lejanos por el Dr. Abad Hernando en autos “Banco Social de Córdoba c/ Municipalidad de San Francisco” (Sent. N° 50 del 05/08/1983) al señalar:

Consecuentemente con su naturaleza declarativa, la acción de inconstitucionalidad en vía principal cumple un rol preventivo propio de su función productora de certeza jurídica al eliminar conflictos antes que un derecho sea transgredido, cuando sólo pesa sobre él una amenaza. Se trata, no de reaccionar contra la violación actual de un derecho que aparece como insatisfecho, incumplido o violado, sino de eliminar la incertidumbre provocada por la amenaza de un derecho, en este caso, de orden constitucional local

³ Este criterio fue sostenido por el TSJ en los autos: “Cano Elbio Nicolás y otra – Acción declarativa de inconstitucionalidad” (Auto N° 27, 26/06/2001); “Colegio profesional de kinesiólogos y fisioterapeutas de la Provincia de Córdoba (Regional IV – Capital) c/ Provincia de Córdoba – Acción de Inconstitucionalidad” (A.I. N° 34 de fecha 03/09/2002); “Cliba Ingeniería Ambiental SA – Ormas Ambiental SA – UTE – Acción declarativa de inconstitucionalidad” (AI N° 80, 17/08/03); y “Loveli SA. Acción de Inconstitucionalidad” (A.I. N° 14, 19/04/2004) entre otros.

⁴ Para un mayor desarrollo de las distintas posiciones ver Toricelli, Maximiliano “Las acciones declarativas de inconstitucionalidad” en Manili, Pablo Luis “Tratado de derecho Procesal Constitucional” (Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 95 y ss).

En esa inteligencia es que debe entenderse la expresión caso concreto, es decir en conexión con la naturaleza declarativa de la acción originaria de inconstitucionalidad, con su función preventiva y con el estado de hecho que constituye el fundamento de la acción: la amenaza de un derecho y no su lesión efectiva.

Surge claro, así, el rol preventivo de la acción declarativa de inconstitucionalidad, que es propio de la señalada función productora de certeza jurídica, al eliminar conflictos antes que un derecho sea transgredido. De tal guisa, sostiene el TSJ, que si el daño se consuma, la acción declarativa pierde toda su utilidad (Gómez, 2005). Al referirnos a la consumación del daño, estamos ampliando el campo de aplicación de la acción, en tanto que se podría admitir su procedencia aún cuando la norma tachada de inconstitucional pueda haber tenido algún grado de aplicación, pero no lo suficiente como para causar un perjuicio concreto (Ortiz, 1997).

Lo expuesto no implica que la acción pueda interponerse en contra de una norma que no se encuentra vigente o contra un proyecto de ley que se encuentre en la legislatura, en tanto estas no configuran en sí mismas la pretendida amenaza.

Como consecuencia de su carácter preventivo es que, si el daño se consuma, es decir, si la norma es aplicada, la acción pierde su utilidad (Torres Aliaga, 2011).

Es justamente este carácter preventivo el que permite considerar la propuesta dialógica, ya que la norma ha sido revisada por los tribunales luego de su dictado, pero antes de que sea aplicada y con ello se consoliden relaciones jurídicas. Entendemos que la norma declarada contraria a la Constitución se encuentra en una situación ideal para que vuelva a la Legislatura, o al Consejo Deliberante según sea el caso, para un nuevo análisis a la luz de las consideraciones efectuadas por el Poder Judicial. Sobre este punto volveremos más adelante, en tanto es el núcleo de la propuesta.

c) Caso concreto

El art. 165 de la Constitución requiere para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad que la norma sea controvertida en un caso concreto, lo que nos condiciona a analizar los alcances de este requisito.

Mediante esta exigencia se alude al conflicto real de intereses que pueda suscitarse entre distintos sujetos o partes de una relación jurídica sustancial, en orden a la cual el justiciable legitimado, aun cuando no haga valer una pretensión de condena, necesita la intervención del Tribunal para arrojar certeza sobre una norma de dudosa constitucionalidad. Así, “mediante la exigencia de un caso concreto, se procura excluir del control directo de constitucionalidad la mera transgresión abstracta de intereses, de carácter simplemente consultivo que ponga de manifiesto una indagación meramente especulativa” (Torres Aliaga, 2011, pág. 117)

Explica Junyent que ha sido tradicionalmente una derivación natural de la interpretación del art. 116, CN, que determina que la Corte y los tribunales inferiores actúan en todas las “causas” que versen sobre puntos regidos por la Constitución o las leyes del Congreso (2006). Su razón se ha explicado entendiendo que la intervención judicial debe darse siempre *inter partes* que tengan una controversia o conflicto de naturaleza tal que ponga en jaque un derecho cuya tutela deba ser brindada por este poder del Estado.

Ya en 1937, con el voto del Dr. Martínez Paz en autos “Ahumada Horacio y otros c/ Gobierno de la Provincia – Acción de inconstitucionalidad” el Tribunal Superior ha afirmado que la noción de “caso” debe entenderse “en su acepción genérica como que comprende todo debate o contienda a propósito de derechos” y en cuanto al término concreto señala que este calificativo:

Precisa más el sentido ya que no basta; no basta que se señale una transgresión constitucional referida a una ley o un acto de otros poderes para abrir la jurisdicción constitucional del Tribunal Superior; es preciso además que se invoque una lesión a derechos o garantías relativos a las personas o a los bienes de los habitantes (Boletín de Jurisprudencia, Tomo V, 1937)

En idéntico sentido -si bien en el marco de una acción de inconstitucionalidad del fuero federal- se ha expresado recientemente nuestra CSJN al indicar que:

Las consecuencias del control encomendado a la Justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que el requisito de la existencia de un "caso" o "controversia judicial" sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes. Ello excluye la posibilidad de dar trámite a pretensiones como la del sub lite, en tanto la aplicación de las normas o actos de los otros poderes no hayan dado lugar a un litigio para cuyo fallo se requiera el examen del punto constitucional propuesto. (Asociación Testigos de Jehová c/ Consejo Provincial de Educación de Neuquén - Acción de inconstitucionalidad, 2005)

d) Parte interesada

Los constituyentes cordobeses han considerado necesario que la acción de inconstitucionalidad sea interpuesta por quien vea vulnerados sus derechos como consecuencia de la amenaza de aplicación de la norma cuestionada. Esta decisión excluye la posibilidad de que sea interpuesta por cualquier miembro de la comunidad, lo que es admitido en el art. 113 del Estatuto de la C.A.B.A., en el que se admite la acción abstracta de inconstitucionalidad, para la que basta sólo con ostentar un interés simple.

Así, la legitimación activa exige la titularidad por parte del sujeto activo de un derecho o de un interés legítimo en trance de ser lesionado cuya defensa se erige como el fin del proceso.

En este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha expresado que:

El requisito de "parte interesada" a que alude el precepto constitucional, y que opera como presupuesto de admisión de la acción, exige la acreditación del "interés del reclamante", lo que quiere significar que sea titular de un derecho subjetivo o interés legítimo, en trance de ser menoscabado, y respecto del cual se halle legitimado para solicitar la intervención de este Cuerpo. (Gobbato, Santiago Arnaldo y otros c/ Provincia de Córdoba - Acción de inconstitucionalidad)⁵

⁵ Ver también TSJ, "Bustos Argañaraz, Prudencio - acción declarativa de inconstitucionalidad", A.I. 112, 23/04/97.

A la luz de estos conceptos, se advierte que el presupuesto de legitimación sustancial que normalmente es juzgado por el juez a la hora de sentenciar sobre el caso llevado a su consideración, en la acción declarativa de inconstitucionalidad se adelanta en los tiempos procesales, siendo indispensable su procedencia a la hora de su admisión formal (Junyent de Dutari, 2006).

Una hipótesis interesante se presenta en relación con los legisladores, quienes no están habilitados para requerir la declaración de inconstitucionalidad contra una ley o decreto, salvo que el estado de incertidumbre sobre la constitucionalidad de alguna de esas normas les causare un perjuicio directo (Sagües, 2009, pág. 398). El Tribunal Superior de Justicia tuvo la oportunidad de expedirse al respecto con motivo de la reforma constitucional de dos mil uno, cuando precisó que:

Laura Judith Sesma goza de capacidad para interponer la presente, en su calidad de representante legal del Partido Socialista Popular, quien posee un interés directo respecto de la reforma de la Constitución Provincial (arts. 30 y 33 de las Constituciones Nacional y Provincial). Ello puesto que la ley cuestionada puede llegar a alterar el sistema de representación popular, la cual se canaliza a través de los partidos políticos. En efecto, la lesión de los derechos constitucionales invocados mediante las normas cuestionadas no sólo podría afectar a la institución en si misma como órgano de participación política sino que podría afectar los intereses de los legisladores miembros de dicho partido. Cabe, en igual sentido, admitir la legitimación procesal del Sr. Eduardo Daniel José García, en su condición de actual diputado provincial, quien podría ver lesionada o afectada su continuidad legislativa si mediare la caducidad de su mandato. (García Eduardo Daniel José y otra - Acción declarativa de inconstitucionalidad, 2001)⁶

Normalmente el alcance general de una norma abarca a un grupo de personas; por dicha razón se encuentran repetidamente en la jurisprudencia casos en los que es una entidad jurídica que nuclea al respectivo conjunto, la que asume para sí la defensa de sus intereses. Aquí transitamos el delicado tema de la representación, de lo que la doctrina ha denominado “derechos de incidencia colectiva”, debido a que el titular de los mismos no es una persona individual sino un grupo de personas que comparten dicha titularidad en razón de sus similares circunstancias vitales.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de Córdoba ha otorgado legitimación a los colegios de profesionales en representación de los intereses de sus asociados y a los sindicatos de trabajadores en defensa de los derechos de corte netamente laboral (Junyent de Dutari, 2006). Explica Torres Aliaga que en el caso de las personas jurídicas se exige la acreditación del cumplimiento de fines estatutarios y de mandato suficiente de los órganos directivos o societarios (2011, pág. 121).

⁶ Respecto a este punto, puede también analizarse lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en autos “Sesma Laura J. y otro – acción declarativa de inconstitucionalidad” Auto N° 52, 13/09/01, “Loyber Jorge Daniel c/ Municipalidad de Unquillo” Auto N° 10, 05/04/2002 y “Gutierrez Mónica Edith – Legisladora Provincial – Plantea acción declarativa de inconstitucionalidad” Auto N° 37 de fecha 05/07/07.

Por su parte, la legitimación pasiva la ostenta el autor de la norma y no su beneficiario, como en el caso de la acción prevista por el art. 322 del CPCN. Ello no obsta a que conjuntamente con el autor de la norma, sea citado a juicio la autoridad de aplicación (Ortiz, 1997, pág. 86), ya sea como codemandado o como tercero interesado en el resultado del pleito.

Señala Gómez que esta es una característica que distingue a la acción directa de inconstitucionalidad de su semejante a nivel federal, ya que Corte Suprema de Justicia de la Nación impone, como condición, que a través de esta acción se demande al "beneficiario" de la normativa impugnada, so pena de admitirse un control abstracto de constitucionalidad. (Gómez, 2005).

e) Objeto

En una primera etapa, el Tribunal Superior de Justicia interpretó el Art. 165 de la Constitución Provincial en el sentido de que la acción declarativa local sólo procedía en contra de leyes, decretos y ordenanzas que vulneren principios, derechos y garantías que surgieran originaria y auténticamente de la autonomía provincial. Esta mirada restrictiva se justificaba en una lectura literal y restrictiva de la manda constitucional. Así, se dijo que:

Por ello determina el quid y el quo modo de su intervención, celosamente limitada a los supuestos que ella enuncia y la ley reglamente. He aquí la razón más enérgica para que su competencia no pueda ser restringida ni ampliada ilimitadamente por vía de interpretación jurisprudencial o legal. (TSJ en "Pablo Alejandro Alvarez - Plantea acción declarativa de inconstitucionalidad", Auto N° 342,22/10/1990 y también "Boursiac, Arnaldo Justiniano c/ Municipalidad de Córdoba- PVO – Demanda de inconstitucionalidad" Auto N° 584 de fecha 25/11/1992)

En función de este criterio restrictivo, se derivaba a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la protección de todos aquellos principios, derechos y garantías que se entronquen directa o indirectamente con los consagrados por la Constitución Nacional. (Ortiz, 1997, pág. 99).

En tiempos más recientes, esta lectura estricta de la Constitución ha sido superada. En "Sánchez, Héctor c/ Provincia de Córdoba y otra – Acción de inconstitucionalidad" se precisó que si bien la competencia atribuida por el constituyente provincial lo ha sido respecto a materia reglada por la Constitución Provincial, nada exige que se trate de una regulación originaria de esta (Auto N° 287, 3/7/1996). En definitiva, lo que se exige es que "La 'causa petendi' que opera como razón o fundamento de su ejercicio debe tener siempre sustancia constitucional." (TSJ en "Federación Argentina de Trabajadores Viales y otra - Acción Autónoma de Inconstitucionalidad", Auto N° 295, 25/08/1997). Sin embargo, tal como explica Torres Aliaga:

No resulta de competencia originaria local la acción de inconstitucionalidad en la que se encuentra cuestionada exclusivamente la adecuación constitucional de normas nacionales o federales emanadas del Congreso de la Nación, por ser el Estado

Nacional parte necesaria en esos procesos, lo que determina la competencia de los tribunales federales. (2011, pág. 108)

Esta lógica no obsta a que, al analizar la constitucionalidad de la norma impugnada se tome en consideración el bloque de constitucionalidad de manera integral.

A través de la acción de inconstitucionalidad se cuestionan las leyes en un sentido amplio. Es decir que se impugnan actos o normas "generales", "abstractos" e "impersonales", cuyo mandato entre en colisión con normas constitucionales locales.

Sobre el punto cabe destacar que la doctrina, al desentrañar tales conceptos, distingue que la incertidumbre requerida a los fines de pretensión constitucional puede verificarse en dos hipótesis: a) en la oscuridad de la norma en sí misma, que por su falta de claridad conceptual genere tal estado, o b) respecto del acto normativo ya no considerado en sí mismo sino en relación con otras de jerarquía superior, es decir, por su contradicción con el bloque constitucional vigente (Junyent de Dutari, 2006).

En síntesis, la competencia para efectuar el control de constitucionalidad mediante la acción declarativa es sumamente amplia en lo que se refiere a actos legislativos que integren el sistema normativo provincial, siempre que sean dictados dentro de la jurisdicción provincial o la de sus municipios u organismos públicos que de éstos dependan.

Éste ha sido el criterio del Tribunal Superior de Justicia cuando expresó que:

El objeto de control por vía de la acción autónoma de inconstitucionalidad sólo pueden ser normas de carácter general, impersonales y abstractas emergentes de las distintas esferas del gobierno provincial o de las autonomías municipales. Poco importa que formalmente se trate de una ley, decreto, resolución u ordenanza. Lo que vincula a un acto de autoridad como susceptible de la acción declarativa de inconstitucionalidad, es que su contenido "estatuya sobre materia regida por esta Constitución", esto es, que regule conductas en forma impersonal, general y abstracta y tal regulación se postule como lesiva del ordenamiento constitucional. ("Barrutia Fernando", "Lotería de Córdoba" entre otros)

Como derivación de lo anterior, se puede concluir que la acción directa de inconstitucionalidad es inadmisibile cuando se cuestiona un acto "particular" de aplicación, en cuyo caso debe buscarse la solución del conflicto a través de otro cauce procesal, porque lo que se está cuestionando no es la validez de la norma en sí misma, sino el acto de aplicación (Ortiz, 1997). En tal caso, la constitucionalidad de la norma puede impugnarse por vía incidental en la causa a la que acceda, en la que se ejercerá el control de constitucionalidad difuso.

Asimismo, tampoco resultan impugnables por esta vía las sentencias recaídas en cualquier causa que se sustancie ante los Tribunales. Cuando la Constitución hace referencia a "resoluciones", refiere a actos estatales de contenido normativo y de alcance general que reciben tal denominación (Torres Aliaga, 2011)

Por último, es necesario destacar que es requisito que la norma que se ataca se encuentre vigente, ya que en caso contrario la decisión que recaiga se tornaría abstracta.

Una Propuesta Diferente

Delineadas ya las características de la acción directa de inconstitucionalidad, podemos afirmar que si bien ha sido encomiable la tarea realizada por el Tribunal Superior de Justicia al momento de establecer sus requisitos, resulta imprescindible la regulación legal del instituto.

Consideramos que la figura, tal como se encuentra diseñada actualmente resulta insuficiente, en tanto se basa en una perspectiva dicotómica y que, fundada en un control de constitucionalidad estrictamente judicial, clausura la posibilidad de una deliberación democrática que contribuya a fomentar la apropiación de la Constitución por parte de la ciudadanía.

Las cuestiones que se plantean en las acciones de inconstitucionalidad configuran, generalmente, casos difíciles, en los que hay un desacuerdo muy profundo entre los operadores jurídicos respecto a cómo deben interpretarse las disposiciones constitucionales.

A fin de procurar las herramientas para resolver estas disputas, es necesaria una mirada desde la democracia deliberativa, que entiende que el sistema democrático se justifica sólo y en la medida en que contribuye a la toma de decisiones imparciales y orientadas al bien común definido colectivamente.

Desde esta concepción, se sostiene que el control judicial de constitucionalidad puede ser compatible con el ideal de la democracia si contribuye a la inclusión y a la igualdad que son necesarias para otorgar sentido a la deliberación democrática (Gargarella, 2008). Esto requiere que el poder judicial se ponga al servicio de la discusión pública, y que se abra a ella, en lugar reemplazarla.

Este razonamiento implica, indudablemente, poner en cuestión la máxima jurídica conforme la cual los tribunales superiores (en este caso el de Córdoba) tienen la última palabra en materia de interpretación constitucional. Cuestionar la capacidad de resolver los desacuerdos constitucionales a los jueces en general y a la Corte Suprema en particular, abre un espacio para pensar y valorar las formas que tiene la sociedad de influir en el sentido que le damos a las normas constitucionales. (Alvarez Ugarte, 2014)

Esto requiere también, que el poder judicial deje de reemplazar la voluntad del legislador por la propia, cada vez que considera (a partir de la teoría interpretativa que escoja privilegiar) que la actuación del legislador es impropia. Ser motor y garante de la discusión pública requiere de los jueces la asunción de un papel más moderado pero crucial dentro del sistema democrático: ellos deben ayudar a la ciudadanía a reconocer los diversos puntos de vista en juego en situaciones de conflicto; deben forzar a los legisladores a que justifiquen sus decisiones; deben poner sobre la mesa pública argumentos o voces ausentes del debate; deben impedir que quienes están en control del poder institucional prevengan a quienes están afuera del mismo a que participen de él y lleguen a reemplazarlos; deben evitar que desde los órganos decidores se tomen decisiones que sean la pura expresión de intereses de grupos de poder. Actuando así, los jueces promueven un objetivo importante: el diálogo democrático (Gargarella, 2008).

En esta línea de pensamiento, proponemos que, en aquellos casos en que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba resuelva la inconstitucionalidad de una ley –en el sentido

analizado supra- la remita a la Legislatura de la Provincia de Córdoba, o al Concejo Deliberante cuando se trate de una Ordenanza Municipal, a fin de que estos órganos puedan, en un plazo relativamente breve, deliberar nuevamente incorporando los argumentos que surgen del decisorio judicial. Esta remisión de ninguna manera implica una pretensión de los jueces de legislar, sino sencillamente un aporte para una nueva mirada de la decisión adoptada por los representantes elegidos por el voto.

Este nuevo debate ofrecerá a los legisladores distintas alternativas:

1) Si a pesar de las argumentaciones aportadas por el decisorio, consideran los legisladores que es necesario mantener la norma en idénticos términos, así será resuelto a través de una nueva ley. Consideramos importante el dictado de una nueva ley como consecuencia del debate parlamentario -si quiera en comisiones- a fin de que el dialogo no se transforme en una cáscara vacía.

2) Si consideran que los aportes judiciales son oportunos y ajustados a la naturaleza de la ley sancionada, podrán modificarla total o parcialmente, ya sea adoptando todos o algunos de los argumentos expuestos por el Poder Judicial. Como sostiene Niembro Ortega:

Si se acepta que algunas cláusulas constitucionales tienen varias interpretaciones posibles y que el juez no tiene el monopolio de la racionalidad, lo que corresponde es dejar libre al legislador para que pueda seguir debatiendo con los jueces aun cuando éstos hayan dictado sentencia. (Ortega, 2012)

Sostenemos que la posible reforma de una ley como consecuencia de esta interacción, de ninguna manera puede tener influencia sobre el caso concreto ya resuelto, en tanto que a su respecto hay cosa juzgada en sentido material. No se propone aquí una vía para modificar lo resuelto, sino un modo de fortalecer el sistema democrático.

“En sociedades plurales –o que pretenden serlo-, marcadas por el ‘hecho del desacuerdo’, ellos estarán contribuyendo del mejor modo posible a aclarar, pulir y acercar posiciones, favoreciendo la convivencia deseada.” (Gargarella, 2008)

El carácter preventivo de la acción directa de inconstitucionalidad engasta perfectamente con esta mirada, ya que permite que la norma sea revisada por su órgano creador aún antes de ser aplicada, pero cuando ya se ha detectado la incongruencia con las normas que forman el bloque constitucional.

Cabe por ultimo destacar que esta propuesta de debate democrático no es parte de un camino hacia un control político de constitucionalidad, sino solamente una herramienta para fortalecer las instituciones de la República y resignificar el rol desempeñado por el Poder Judicial.

Reflexiones Finales

Hemos efectuado un recorrido por la formulación actual de la acción declarativa de inconstitucionalidad, destacando sus ventajas y marcando sus desaciertos. Luego de ello, y

valiéndonos del vacío legislativo existente en la materia, presentamos una propuesta de corte dialógico a fin de resignificar la tarea desarrollada por el Tribunal Superior en tan delicada tarea. Entendemos que la adopción de soluciones de tipo dialógico, como las aquí revisadas y otras que exceden el marco del presente trabajo (litigios de reforma estructural, audiencias públicas en casos difíciles, etc), revisten gran importancia para el fortalecimiento institucional y para un nuevo modo de pensar la función judicial.

Referencias bibliográficas

Alvarez Ugarte, R. (2014). La aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional. En R. Gargarella (Comp.), *Por una justicia dialógica - El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (págs. 321-343). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Arazi, R. (2006). Control de Constitucionalidad. En R. O. Berizonce, J. C. Hitters , & E. D. Oteiza (Dir.), *El Papel de los Tribunales Superiores* (págs. 133-159). Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.

Enderle, G. J. (06 de marzo de 2002). Acción de inconstitucionalidad. *Diario La Ley*.

Gargarella, R. (2008). Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación Judicial de la Constitución. *Gaceta Constitucional - Ed. Tribunal Constitucional (Lima)*, 573-586.

Gómez, C. D. (2005). La acción declarativa de inconstitucionalidad en la Provincia de Córdoba. *La Ley Córdoba*, 477.

Junyent de Dutari, P. (16 de febrero de 2006). La acción de inconstitucionalidad en Córdoba. *Semanario Jurídico N° 1545 - Cuadernillo 5 - Tomo 93*, pág. 209.

Linares, S. (2013). Justicia dialógica interinstitucional: de lege ferenda y de lege lata. *Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14, N° 2*.

Lorenzetti, R. (2014). Las audiencias públicas y la Corte Suprema. En R. Gargarella (Comp.), *Por una justicia dialógica - El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (págs. 345-353). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Niembro Ortega, R. (2012). Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de dialogo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional - N° 95*.

Ortiz, M. I. (1997). La acción declarativa de inconstitucionalidad. *Foro de Córdoba, Año VIII, N° 39*, 65-108.

Gargarella, R. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. En Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica - El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (págs. 119-157). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Sagües, N. P. (2009). *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Toricelli, M. (2009). Las acciones de inconstitucionalidad. En P. L. Manilli (Dir), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional* (págs. 69-101). Buenos Aires: La Ley.

Torres Aliaga, E. M. (2011). La acción declarativa de inconstitucionalidad provincial en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. *Foro de Córdoba, XXII, N° 146*, 97-128.

Jurisprudencia citada

Ahumada Horacio y otros c/ Gobierno de la Provincia – Acción de inconstitucionalidad (1937). *Boletín de Jurisprudencia, Tomo V*, pág. 104 y ss.

Asociación Testigos de Jehová c/ Consejo Provincial de Educación de Neuquén - Acción de inconstitucionalidad, Fallos 328:2966 (CSJN 09 de agosto de 2005).

Banco Social de Cordoba c/ Municipalidad de San Francisco, Sent. N 50 (T.S.J. Cba en pleno 05 de junio de 1983).

Barrutia Fernando - Accion de inconstitucionalidad, Auto N° 2 (TSJ en pleno 12 de febrero de 2001).

Boursiac Arnaldo Justiniano c/ Municipalidad de Córdoba - PVO - Demanda de inconstitucionalidad, Auto N° 584 (TSJ en pleno 25 de noviembre de 1992).

Braceras, Isidro y otros c/ Provincia de Córdoba - acción de inconstitucionalidad, Auto N° 7 (T.S.J. en pleno 25 de 04 de 2000).

Garcia Eduardo Daniel José y otra - Acción declarativa de inconstitucionalidad, Auto N° 33 (TSJ en pleno 8 de agosto de 2001).


Gobbato, Santiago Arnaldo y otros c/ Provincia de Córdoba - Acción de inconstitucionalidad, Auto N° 392 (Tribunal Superior de Justicia 18 de diciembre de 1997)

Lotería de Córdoba, Auto N° 36 (TSJ en pleno 14 de mayo de 2003).

Mocciario, Maria Isabel c/ Provincia de Córdoba y otra – Accion de Inconstitucionalidad”, Sent. N° 17 (TSJ 23 de junio de 1999).

Pablo Alejandro Alvarez - Plantea acción declarativa de inconstitucionalidad, Auto N° 342 (TSJ en pleno, 22 de octubre de 1990).

Sanchez Héctor c/ Provincia de Córdoba y otra - acción de inconstitucionalidad, Auto N° 287 (TSJ en pleno 3 de julio de 1996).



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](#). You are free to: **Share** — copy and redistribute the material in any medium or format **Adapt** — remix, transform, and build upon the material. **Under the following terms:** **Attribution** : You must give [appropriate credit](#), provide a link to the license, and [indicate if changes were made](#). You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use. **Non Commercial** : You may not use the material for [commercial purposes](#).

<http://dx.doi.org/10.26612/2525-0469/2017-4.05>